Grundzüge der Lehre

von den

Verwendungen des Besitzers.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät in Rostock

vorgelegt

von

Carl Braatz,
Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Leipzig-Reudnitz.
Buchdruckerei von August Hoffmann.
1904.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549203_0031

I. Gemeines Recht.

§ 1.

Einleitung.

„Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento ac injuria fieri locupletiorem." Dieser Satz des römischen Rechts leitet seinen Ursprung ab aus der aequitas, der Billigkeit. Es ist billig, entspricht der Gerechtigkeit, daß niemand zum Schaden eines anderen und mit Unrecht sich bereichere, — von dem Gedanken wird Recht uud Rechtsprechung der zivilisierten Länder gleichmäßig getragen. Die naturalis ratio[1]), das natürliche Rechtsgefühl drängt uns, nach Möglichkeit diesem Rechtssatze innerhalb des ganzen Rechtsgebietes Geltung zu verschaffen, aber nicht immer ist die Möglichkeit dazu gegeben. Die strikte Logik, die aus einem Rechtssatze notwendige Konsequenzen ableiten muß, ohne daß sich das Gefühl immer einverstanden erklärt, die Sicherheit und Gleichheit der Rechtsprechung führen dazu, daß der Richter oft gegen die aequitas durch Schädigung des einen dem andern eine Bereicherung zuwendet. Das mag in der Ungeschicklichkeit oder Säumigkeit einer Partei liegen, oder es mag seinen Grund darin haben, daß die Unzulänglichkeit menschlichen Könnens in den geschriebenen Rechtssätzen nicht jedem einzelnen außergewöhnlichen Rechtsfalle die wünschenswerte Lösung zuteil werden lassen kann. Der Laie hat sich gewöhnt, das ganze Rechtsgebiet unter dem

---

[1]) l 206 D de R. J. (50, 17). vgl. auch l 6 § 2 D 23, 3 verb.: quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum alterius damno, aut damnum sentire per alterius lucrum. Ferner l 38 D 5, 3.

Gesichtspunkt des oben angeführten Bereicherungssatzes zu betrachten, er urteilt nur nach seinem Gefühl, während die logische Erkenntnis des Juristen die Dinge häufig unter einem ganz anderen Gesichtskreis zu sehen gewöhnt oder auch verpflichtet ist. So kann unser Rechtssatz, so sehr er dem „honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere", so sehr er der Gerechtigkeit entsprechen mag, nur beschränkte, ich möchte sagen, subsidiäre Geltung innerhalb des Rechtsgebietes haben.

Von besonderer Bedeutung ist er für die Lehre von den Impensen geworden, in der wohl mehr als in irgend einem anderen Teile des Rechtsgebietes das natürliche Rechtsgefühl zum Ausdruck kommt. Wir werden in den Einzelfragen dieser Lehre häufig auf den Bereicherungssatz zurückzugehen haben, aber auch hier erkennen müssen, daß er eine grundsätzliche, für jeden besonderen Fall ausschlaggebende Bedeutung innerhalb des Systems nicht gewonnen hat.[1])

§ 2.

Begriff und Wesen der „Verwendungen".

Der Rechtsbegriff „Verwendungen" ist sowohl durch die römische, wie durch die gemeinrechtliche Wissenschaft sehr verschieden bestimmt worden. Das corpus juris gebraucht die Ausdrücke impensae, expensae, sumtus, impendium, impendia, meliorationes meist ohne jeden Unterschied. Glück[2]) weist gelegentlich seiner Ausführungen „De impensis in res dotales factis" auf diese unterschiedslose Anwendung der verschiedenen Ausdrücke hin, trennt aber im besonderen die expensae („Ausgaben") als die umfassenderen von den im-

[1]) vgl. Sch., Versuche S. 1 ff.; ebenso v. Wenig-Ingenheim, der in seiner Dissertation „De impensis earumque restitutione" überhaupt jede Ersatzpflicht bei Verwendungen auf den Bereicherungssatz zurückführt. Der Versuch erscheint aber nicht geglückt, vgl. Krit. Jahrbuch XVI. S. 651. Gegen die Auffassung v. Wenig-Ingenheim auch Pernice a. a. O. S. 175.

[2]) XXVII S. 375 ff.

pensae („Verwendungen"), trotzdem beide — wie er selbst zugiebt — im corpus juris mit einander verwechselt werden. Die impensae wiederum sondert er in solche, welche „der physischen oder juristischen Substanz der Sache zu gute kommen, „impensae in rem factae (Impensen im engeren Sinn)" und solche, die blos der Fruchtgewinnung wegen verwendet werden, „impensae querendorum fructuum causa factae".

Etwas abweichend von dieser Unterscheidung ist die Einteilung, die Böcking[1]) macht. Er stellt die expensae („Unkosten") sowohl den „impensae in rem factae („Impensen im engeren Sinne, Kosten"), wie den impensae in oder propter fructus factae „den auf die Hervorbringung oder Einerntung und Erhaltung der Früchte gemachten" entgegen.

Auch von Jagemann[2]) führt den Unterschied zwischen expensae (Verwendungen im weiteren Sinn, Auslagen") und impensae („Verwendungen im engeren Sinn") an, stellt beide aber unter den weiteren Begriff „Kosten", unter dem er jeden „Aufwand, den ein dritter zur Erhaltung, Verbesserung, Beschützung und Erlangung der Sache macht", versteht. Dieselbe Einteilung hat Fabricius[3]) gewählt, er nennt die „Kosten" sumtus und zerlegt sie in expensae „Auslagen, Ausgaben" und impensae „Verwendungen".

Auch Mühlenbruch[4]) scheint eine ähnliche Begriffsbestimmung zu wünschen, allerdings ohne einen die expensae und impensae umfassenden Begriff zu kennen. Er teilt „Lasten und Pflichten" — offenbar die expensae des Fabricius — und „Kosten", offenbar die „impensae" des Fabricius. Die ersteren sondert er wieder in solche, die „auf die Erzeugung, Einerntung und Aufbewahrung der Früchte" verwendet werden, und solche auf die Sache selbst. Eine ähnliche Zweiteilung allerdings ohne die Unterabteilungen zeigt sich bei Thibaut[5])

---

[1]) a. a. O. S. 447.
[2]) a. a. O. S. 195.
[3]) a. a. O. S. 1.
[4]) a. a. O. S. 228.
[5]) a. a. O. S. 127.

und Seuffert.[1]) Sie sprechen von „Verwendungen in eine Sache impensae" und „Verwendungen zum Zweck einer Sache expensae".

Wir sehen, daß die Juristen in der Wahl ihrer Bezeichnungen für die einzelnen Gruppen der Verwendungen sehr von einander abweichen. Sachlich aber ist eine Übereinstimmung sowohl in alter, wie in neuerer Zeit insofern festzustellen, als die Scheidung in die der begrifflichen Unterabteilungen allgemein eine ziemlich gleichartige zu sein scheint. Wir finden auf der einen Seite die „expensae", „Kosten", „Ausgaben", „Lasten und Pflichten" usw. ganz getrennt von den „impensae", den „Kosten im engeren Sinne", Verwendungen. Diese impensae sehen wir wieder geschieden in impensae in oder propter fructus factae, die auf Hervorbringung, Einerntung und Erhaltung der Früchte gemacht sind, und impensae in rem factae die für die Sache selbst gemachten. Eine volle Übereinstimmung herrscht in altem wie in neuerem Rechte darin, daß die in oder propter fructus factae impensae von dem getragen werden müssen, der die Früchte zieht[2]).

Eine interessante Teilung in die verschiedenen „Erscheinungsformen", unter denen sich die Verwendungen im corpus juris zeigen, gibt Sachs[3]). Er spricht von solchen Verwendungen, die eine unmittelbare, positive Einwirkung auf eine Sache darstellen", und von anderen, „die die Sache, derentwegen sie vorgenommen werden, nicht berühren, sondern nur indirekt von Einwirkung auf sie sind". Zu den Verwendungen der ersten Kategorie gehören alle Sachverbindungen, ferner aber auch alle Sachveränderungen, sei es, daß sie eine neue Form der Sache hervorrufen, sei es, daß sie in der Sachsubstanz selbst aufgehen, die zum Teil also äußerlich nicht sichtbar sind, während die Steuern, Grundschulden, Hypo-

---

[1]) Pand. S. 78.

[2]) fructus intelleguntur deductis impensis. Vgl. auch l 6 § 3 D 7, 7; l 7 pr. D 24, 3; l 46 D. 22, 1.

[3]) S. 5.

thekenschulden, Prozeßkosten und dergleichen in die zweite Kategorie fallen würden.

Mag diese Teilung, wie sie Sachs vornimmt, für Klarstellung des Verwendungsbegriffes des corpus juris von Wert sein, praktisch führt sie nicht weiter, als auch die gemeinrechtliche Wissenschaft kommt. Hier haben erst die Forschungen Petrazyckis auf einem ganz anderen Wege dem Ziele näher geführt. Trotz der Übereinstimmung der römischen und gemeinrechtlichen Juristen, hält nämlich Petrazycki[1]) die Unterscheidung der Verwendungen auf die Produktion der Früchte — also die impensae in fructus factae — von denen auf die Erhaltung und Besserung der Sache (des „Kapitals") — die impensae in rem factae — für unrichtig. In längeren und eingehenden Ausführungen weist er an der Hand von Beispielen nach, daß Verwendungen auf das Kapital notwendig auch eine Erhöhung der Früchte mit sich bringen müssen. Frucht und Kapital stehen also bezüglich ihres Wertes in Wechselwirkung, die Verbesserung des einen wird eine Verbesserung des andern zur Folge haben. Eine Unterscheidung zwischen den ein onus fructuum bildenden Verwendungen („Einkommenverwendungen") und den impensae in rem („Kapitalverwendungen") kann also nicht gemacht werden, denn nach dem Zweck und der technischen Wirkung (Produktion, Erhaltung des Kapitals) unterscheiden sie sich überhaupt nicht. „In der Tat haben auch die römischen Juristen in den konkreten Fällen nicht nach ihren theoretischen Abstraktionen, sondern nach dem praktischen Takt die fragliche Verwendung zu dieser oder jener Klasse — gemeint ist die Klassifikation in necessariae, utiles und voluptuariae — gerechnet; und ihr praktischer Instinkt hat sich in konkreten Fällen vortrefflich bewährt. Die falschen theoretischen Ansichten hinderten sie nicht, eine passende Entscheidung für den einzelnen Fall zu treffen[2]).

---

[1]) a. a. O., S. 151 ff.
[2]) a. a. O. S. 153.

Schließlich schlägt Petrazycki als Unterscheidungsgrundsatz vor: periodische und einmalige Ausgaben.[1]) Er weist nach, daß zwar ihrer Definition nach die römischen Juristen zwischen impensae in fructus und in rem factae unterschieden, daß aber ihre praktischen Entscheidungen von einem ganz anderen Gegensatz geleitet werden. Dieser Gegensatz liegt eben in den periodischen und den einmaligen Ausgaben. Die Einteilung ist auch, wie Petrazycky ausführt, keine zufällige oder oberflächliche, sondern hat ihre tiefe Begründung im Wesen und Zweck des Einkommens, denn wenn man die periodisch wiederkehrenden, meist auf die Erhaltung der Wirtschaft gerichteten Ausgaben nicht aus dem Bruttoeinkommen, sondern aus dem Kapital nähme, würde man binnen kurzem verarmen, und wenn man die einmaligen, von der Wirtschaft geforderten außerordentlichen Ausgaben nicht aus dem Kapital nähme, sondern von den Einnahmen, so würde man verhungern müssen.[2])

Der Unterscheidung Petrazyckis werden wir den Vorzug geben. Wenn auch wohl mit dem von ihm aufgestellten Gegensatz nicht überall und in jedem konkreten Falle das richtige getroffen werden wird, so ist doch ein überaus klares Kriterium geschaffen, das in der weitaus größten Anzahl der Fälle den richtigen Weg weist.

Die impensae in fructus factae, die periodisch wiederkehrenden Ausgaben werden in unseren folgenden Untersuchungen weitere Berücksichtigung nicht finden, da sie kein näheres Interesse innerhalb der Lehre von den Verwendungen bean-

---

[1]) fr. auch Dernburg, Pandekten S. 541.

[2]) Eine der Petrazyckis verwandte Zeilung der Impensen finden wir bereits lange vor Petrazycki bei Mercadé und Mourion a. a. O. S. 211. Hier werden „Ausbesserungen zum Unterhalt" von „Hauptausbesserungen" unterschieden. „Ausbesserungen zum Unterhalt" sind diejenigen, welche periodisch wiederkehren und allgemein für eine Last des Ertrages gelten; während die anderen ausnahmsweise Unfälle sind. Im weiteren wird dann durch Beispiele illustriert, daß tatsächlich bei den Verfassern des französischen Werkes eine dem Petrazycki verwandte Anschauung vorherrschte.

spruchen. Sie finden ihre Deckung in der Fruchtziehung, in der durch Ausnutzung des Besitzes gezogenen Einnahme und bieten zu rechtlichen Komplikationen keinen Anlaß. Sie scheiden aus dem engeren Begriff „Verwendungen“ aus.

Wir können unser Interesse auf die impensae in rem factae, die einmaligen Ausgaben für die Sache konzentrieren und werden den Begriff „impensae Verwendungen“ so abgrenzen, daß wir darunter nur diese einmaligen außerordentlichen Ausgaben zu fassen beabsichtigen. Diese Ausgaben brauchen natürlich nicht notwendig auch eine körperliche Veränderung hervorzurufen, sondern alle für Zwecke einer Sache aufgewendeten einmaligen und außerordentlichen Ausgaben umfaßt der Begriff „Verwendung“ [1]).

§ 3—5.

Einteilung der Verwendungen.

In den Quellen finden wir eine weitere Einteilung der Impensen, die eine besondere Bedeutung für die Betrachtung des Systems der Verwendungsansprüche und für den ganzen Ausbau des Rechtsgebietes gewonnen hat. Es ist die Einteilung in impensae necessariae, utiles und voluptuariae [2]).

Die Quellen haben den Begriff in seinen drei Formen streng durchgeführt und festgelegt, sie haben im Anschluß daran den Anspruch auf Entschädigung für die Verwendungen in klarer und präziser Weise geregelt. Zum Verständnis der Impensenlehre ist also eine eingehende Darstellung dieser Dreiteilung von großer Wichtigkeit.

§ 3.

Impensae necessariae.

Impensae necessariae werden in der Legaldefinition als solche bezeichnet, quae si factae non sint, res aut peritura aut

---

[1]) cfr. die Fälle des römischen Rechtes in Leist, Civilist. Studium II S. 23 Nr. 5., 24 Nr. 6, 25 Nr. 12.

[2]) l 1 pr D 25, 1.

deterior futura sit[1]), oder quae habent in se necessitatem impendendi[2]). In den Quellen kommen als gleichbedeutend die Ausdrücke sumtus necessarii und impensae necessario oder necessitatis causa factae vor[3]).

Die gemeinrechtliche Wissenschaft hält durchweg und mit vollständiger Übereinstimmung diejenigen Verwendungen für necessariae, die zur Erhaltung der Sache notwendig sind[4]) oder sonst Schaden abwenden[5]).

Anderer Ansicht ist allein Petrazycki[6]). Er weist darauf hin, daß schon in den Quellen zu den necessariae diejenigen Verwendungen gerechnet werden, die auf die Erbauung wirtschaftlicher Gebäude, für die Aufbewahrung oder Verarbeitung der Früchte oder sonstiger Produktionsbedürfnisse gemacht sind, die also mit der Erhaltung der Sache direkt nichts zu tun haben. Eine impensa necessaria würde es aber auch andrerseits nicht sein, wenn man z. B. auf einem Grundstücke eine überflüssige alte Scheune durch Reparatur erhielte, trotzdem dies doch der herrschenden Definition zufolge dazu zu rechnen wäre. „Der Sinn der impensae necessariae wurzelt auch bei der Verbesserung der baufälligen Gebäude nicht in der Erhaltung der Sachen, sondern in den Bedürfnissen der Produktion. Die einmaligen Ausgaben an Kapital, welche die ordnende Tätigkeit verursacht, die Wirtschaft zu einem gesunden und seine Funktion regelmäßig erfüllenden Organismus zu machen, nennt Petrazycki technisch die impensae necessariae.

Das durch Petrazycki geschaffene Kriterium wird uns die Entscheidung darüber, ob wir eine impensa necessaria vor uns haben oder nicht, sehr erleichtern. Es bedeutet einen großen

[1]) l 79 pr D 50, 16.

[2]) l 1 § 1 D 25, 1.

[3]) Eine Angabe der praktischen Beispiele aus den Quellen findet sich bei Leist a. a. O. S. 23 u. bei Petrazycki a. a. O. S. 29.

[4]) Böcking S. 447; Thibaut S. 127; Seuffert, Pand. S. 28; Glück XXVII S. 382.

[5]) Mühlenbruch S. 37; v. Jagemann S. 195 ff.

[6]) Petrazycki S. 294 ff.

Fortschritt vor den allgemeinen, eigentlich nur die Übersetzung der Quellendefinition gebenden Erklärungen der anderen Juristen.'

Auf anderem Standpunkte als Petrazycki steht Sachs[1]). Er meint, Petrazycki schieße über das Ziel hinaus, denn die Tätigkeit eines ordentlichen Wirtschafters gehe weiter, als das Bestehende zu erhalten, sie bezwecke auch eine Förderung der Ertragsfähigkeit, eine langsame Wertsteigerung. Akte dieser Tätigkeit charakterisieren sich aber nicht als impensae necessariae, wie es Petrazycki meine, das Kriterium sei immer die „Erhaltung des Wertes der Sache in ihren bisherigen wirtschaftlichen Grenzen".

Setzen wir demgegenüber den praktischen Fall, daß ein ordentlicher und wohlhabender Wirt bona fide eine heruntergekommene Wirtschaft übernimmt und mit eigenen Mitteln alles versucht, sie wieder in ordnungsmäßigen Zustand zu versetzen. Er läßt die Wirtschaftsgrundstücke ausbessern, ergänzt den Viehbestand, die Wirtschaftsgeräte usw., kurz er sorgt dafür, daß wieder eine ordnungsmäßige Ausnutzung d. h. unter den obwaltenden Umständen eine bedeutende Wertsteigerung zu erwarten ist. Er bezweckt also nicht die „Erhaltung des Wertes der Sache in ihren bisherigen Grenzen", und doch würde auch Sachs in diesem Falle wohl Bedenken tragen, die Aufwendungen zu den impensae utiles zu rechnen. Die von Sachs verfochtene Auffassung erscheint gegenüber dem Kriterium Petrazyckis verfehlt, auch wissenschaftlich vermag er Petrazycki nicht zu widerlegen, denn die von ihm beliebte Deutung der bei Petrazycki zitierten Quellenstellen wirkt nicht überzeugend. Wir werden in Übereinstimmung mit Petrazycki die Ansicht für die richtige halten, daß eine impensa necessaria unter Umständen auch eine Wertsteigerung mit sich bringen kann.

Es wird aber für uns bei der Abgrenzung der einzelnen Impensen von einander noch ein anderer Gesichtspunkt von

---

[1]) S. 24 ff.

praktischer Bedeutung sein. Wir werden unser Augenmerk darauf zu richten haben, in wie weit für die Sache eine objektiv notwendige Aufwendung gemacht wird, und inwieweit ein subjektives Moment etwa die Liebhaberei des Verwenders, die Verwendung verursacht. Die impensa necessaria muß ein Gebot wirtschaftlicher Pflicht sein, wie es z. B. der Bau einer neuen Scheune bei Vergrößerung des Ernteertrages ist, oder sie muß ein Gebot wirtschaftlicher Notwendigkeit sein, wie es z. B. die Ausbesserung einer alten, aber nötigen Scheune darstellen würde. Meist wird sie nicht eine Werterhöhung der Sache zur Folge haben, sondern im allgemeinen nur die Erhaltung in einer für die ordnungsmäßige Wirtschaft erforderlichen Form bezwecken. Jedenfalls ist hier die Betrachtung eine rein objektive, die Person des Verwenders mit ihren Wünschen und ihrem Wollen scheidet vollkommen aus.

§ 4.

Impensae utiles.

Als impensae utiles werden in den Quellen solche bezeichnet, quae meliorem rem faciunt, deteriorem esse non sinunt[1]) oder solche quibus non factis quidem deterior res non fuerit, factis autem fructuosior effecta est[2]). Auch solche, welche der Verwender utiliter facit, remque meliorem fecerit[3]), gehören dazu[4]).

Im wesentlichen übereinstimmend versteht auch die gemeinrechtliche Literatur unter nützlichen Verwendungen diejenigen, welche den Nutzen einer Sache, d. h. ihren Ertrag und Verkaufswert erhöhen[5]).

Im Gegensatz zu den impensae necessariae handelt es

---

[1]) l 79 § 1 D 50, 16; cfr. dazu Glück XXVII S. 432 Not. 42.

[2]) Ulpiani Fragm. VI, 16.

[3]) l 5 § 3 D 25, 1.

[4]) Eine Angabe der praktischen Beispiele aus den Quellen findet sich bei Leist S. 28 ff. u. bei Petrazycki S. 300 ff.

[5]) Glück, a. a. o. S. 429; Leist S. 27 ff.; Seuffert, Pand. S. 78; Dernburg, Pand. S. 541; Petrazycki S. 150.

sich hier immer um eine Wertsteigerung der Sache, um eine Erweiterung Vergrößerung der Wirtschaft, herbeigeführt durch Verwendungen, die von der Unternehmungslust und Tüchtigkeit des Verwenders Zeugnis ablegen, vielleicht auch in ihrer Vornahme ein gewisses Wagnis bedeuteten. Necessarium ist dasjenige, dessen Nichtvorhandensein die wirtschaftlichen Funktionen einer Sache stören würde, utile hingegen bedeutet etwas, dessen Fehlen die wirtschaftliche Brauchbarkeit nicht zu beeinträchtigen imstande wäre, dessen Dasein aber eine Bereicherung in sich schließt.

Um eine impensa utilis für eine Sache zu machen, genügt nicht der objektive Tatbestand der Wertsteigerung der Sache, sondern es gehört noch dazu ein subjektives Moment, das in dem Willen des Verwenders liegt. Wenn z. B. jemand auf einem Gut eine Brennerei anlegt, weil ihm die Lage des Gutes, der Boden usw. eine günstige Aussicht in dieser Beziehung zu sichern scheinen, so wird man im Falle des Blühens der industriellen Anlage von einer impensa utilis sprechen. Der Verwender hat nicht eine gleichmäßige Erhaltung der wirtschaftlichen Brauchbarkeit des Gutes im Auge gehabt, diese war nicht das Produkt der Anlage einer Brennerei, er hat den Nutzen und den Wert des Gutes steigern wollen.

Zu einer impensa utilis gehört also eine individuelle, subjektive Betätigung. Gerade der Verwender ist eine Persönlichkeit, die Mut und Energie zu dem Risiko einer wirtschaftlichen Unternehmung hatte. Seiner rein persönlichen Veranlagung ist die Schaffung einer Anlage, eine Verwendung zu danken, die den Gesamtwert der Sache günstig beeinflußt. Zu dem objektiven Moment der Werterhöhung tritt bei der impensa utilis das subjektive Moment des persönlichen Wollens und Könnens des Verwenders[1]).

---

[1]) Sachs S. 31 will unter dem Begriff der impensae utiles „alle irgendwie die Nutzbarkeit der Sache steigernde Verwendungen“ fassen. Wie er die impensae necessariae einschränken will, in demselben Masse versucht er den Anwendungskreis der impensae utiles zu erweitern. Wir werden uns seiner Ansicht nicht anschliessen,

§ 5.

Impensae voluptuariae.

Als impensae voluptuariae bezeichnen die Quellen solche, quae speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent[1]), oder solche, quibus neque omissis deterior res fuerit, neque factis fructuosior effecta est[2]), auch quae magis ad voluptatem pertinet quam ad utilitatem[3]). In gleicher Bedeutung kommen die Ausdrücke impensae voluptuosae, sumtus voluptatis causa facti und dergleichen vor.

Keine von diesen Quellendefinitionen gibt uns über Begriff der impensae voluptuariae die nötige Klarheit. Sie erscheinen als ein Notbehelf für etwas, das in präziser Weise nicht recht zum Ausdruck gebracht werden kann.

Die erste Definition legt den Nachdruck auf das Zieren der Sache, ein wenig sicheres und garnicht immer zutreffendes Unterscheidungsmerkmal, — die zweite verzichtet ganz auf eine positive Erklärung, und die dritte versucht sich mit den Begriffen „voluptas“ und „utilitas“ zu helfen, die selbst noch einer Klarstellung bedürfen. Unter „utilitas“ verstehen wir den Gebrauchswert, die Brauchbarkeit der Sache, — „voluptas“ drückt ein subjektives Gefühl des Verwendenden aus, durch das nach persönlicher Liebhaberei eine Sache verändert wird. Während die utilitas einen realen Wert in sich darstellt, schafft die voluptas Affektionswerte.

Auch die gemeinrechtliche Wissenschaft hat vergeblich nach einer brauchbaren Definition gesucht. Wir finden Aus-

---

auf die wir ja auch schon gelegentlich der Besprechung über die impensae necessariae eingegangen sind. Auch für uns wird die impensa utilis zwar stets „die Nutzbarkeit der Sache steigern“, aber es ist das nicht das einzige Kriterium, da eine impensa necessaria denselben Erfolg haben kann. Hierzu tritt für uns das subjektive Moment, das in der erfolgreichen Tätigkeit des Verwenders liegt.

[1]) 1 79 § 2 D 50, 16.

[2]) Ulp. Fragm. VI § 17.

[3]) 13 § 4 D. 15, 3.

drücke wie „luxuriöse Verwendungen“ [1]), „Luxusausgaben“ [2]), „Luxusaufwand“ [3]), „zum Vergnügen gereichende“ [4]), „wollüstige“ [5]) und vor allem „zierende“ [6]) Verwendungen. Als kurze Bezeichnung erscheint am besten die von Sachs [7]) gewählte „wirtschaftlich nutzlose“, allerdings soll und kann auch sie ja nicht den Begriff decken. Sämtliche Ausdrücke weisen wohl auf das subjektive Moment bei den impensae voluptuariae hin, geben aber keine irgendwie prägnante Begriffsbestimmung. Deshalb geben einige Juristen längere Definitionen, so Glück [8]): „Zierende Verwendungen, welche nur zum Vergnügen dienen und einen sinnlichen Reiz haben, ohne den Ertrag der Sache zu vermehren“. Ferner Mühlenbruch [9]): „Wenn nur Bequemlichkeit, Annehmlichkeit oder Zierde dadurch bewirkt wird“.

Besonders ausführlich ist auch Wächter [10]): Impensae voluptuariae sind nicht blos ein Aufwand, der blos dazu dient, die Annehmlichkeit der Sache zu erhöhen oder sie zu verschönern, auszuschmücken und zu zieren, sondern es gehört hierher überhaupt jeder Aufwand, der nicht unter die Kategorie 1 — die necessariae — oder 2 — die utiles — fällt, also ein Luxusaufwand und jeder andere unnötige und unnütze Aufwand“.

Das Vorkommen derartig langer und gewundener Erklärungen beweist, dass eine kurze und zugleich treffende Bezeichnung für die impensae voluptuariae nicht gefunden werden konnte. Weil Wächter das Gefühl hatte, jeder von anderer Seite gegebene Ausdruck enthält etwas richtiges, fasste er sie alle in eine Definition zusammen und fügte noch

---

[1]) v. Jagemann S. 196.
[2]) Dernberg, Pand. S. 541.
[3]) Brinz S. 755.
[4]) Böcking S. 448.
[5]) Thibaut S. 127.
[6]) Glück VIII, S. 302; XXVII S. 447; Sell, Jahrb. S. 325; v. Wenig-Ingenheim, Civilr. S. 303; Seuffert, Pand. 78.
[7]) S. 11.
[8]) Glück VIII, S. 302.
[9]) Mühlenbruch S. 37.
[10]) Wächter I, S. 308.

zur Sicherheit die negative Bestimmung hinzu: soweit sie nicht notwendige oder nützliche sind. Auch eine grössere Anzahl anderer Juristen hat wohl in der Überzeugung, dass eine positive Begriffsbestimmung nicht möglich sei, die negative Erklärung gewählt[1]).

Wir werden uns dem anschliessen und uns damit begnügen müssen, im einzelnen Fall unsere Betrachtungen auf die necessariae und die utiles zu lenken, d. h. bei dem Nichtvorhandensein dieser eine impensa voluptuaria annehmen. Zu Hilfe kommen wird uns dabei, dass das Kriterium der impensa voluptuaria allein in der Person des Verwenders liegt. Während wir bei den necessariae ein rein objektives Moment hatten, ganz absahen von der Person des Impendenten, während wir bei den utiles das objektive Moment mit dem subjektiven verbanden, die Sache und die Person des Verwenders im Auge hatten, ist das Massgebende bei Betrachtung der voluptuaria der Wille des Verwenders, seine voluptas, sein Affektionsinteresse. Wenn wir auch auf eine kurze deutsche Bezeichnung verzichten müssen, können wir im einzelnen Falle in der Bestimmung der impensae voluptuariae bei solcher Würdigung der Verhältnisse nicht fehlgehen[2]).

§ 6—11.

Ansprüche aus den Verwendungen und jus tollendi.

A. Allgemeiner Teil.

§ 6.

Begriff und Wesen des Verwendungsanspruches und des jus tollendi.

Der Besitzer[3]) einer Sache hat gegen den Eigentümer einen Anspruch auf Entschädigung für Verwendungen, die er

[1]) Puchta S. 170; Petrazycki S. 150; Windscheid S. 882; Wendt S. 357; Arndts S. 311 u. a. m.

[2]) Über den besonderen Fall, in dem eine impensa voluptuaria Wert und Wirkung einer impensa utilis erhält, wird gelegentlich des Ersatzanspruches für die imp. volupt. zu handeln sein.

[3]) Gemeint ist innerhalb unserer gemeinrechtlichen Darstellung stets der juristische Besitzer.

auf die Sache gemacht hat. Das ist ein Satz, der überall in den Quellen anerkannt wird, und dessen Durchführung nur im einzelnen durch äussere Rücksichten gehindert ist. Ein ebenso allgemeiner Satz wird aber von den Quellen nicht besonders hervorgehoben, und doch ist er für das Verständnis der Impensenlehre nicht minder von Wichtigkeit, nämlich: Der Eigentümer einer Sache ist grundsätzlich berechtigt, die Verwendungen, die auf seine Sache gemacht sind, für sich in Anspruch zu nehmen. Denn er kann die Herausgabe der Sache ‚cum omni causa[1]) verlangen. Mag der Eigentümer gezwungen sein, die Verwendungen zu ersetzen, mögen besondere Bestimmungen über die Art dieses Ersatzes bestehen, mag er nicht ‚verpflichtet sein, eine Entschädigung zu gewähren, — weder in den Quellen, noch in der gemeinrechtlichen Wissenschaft findet sich ein Fall, in dem der Verwender gegen den Willen des Eigentümers die Verwendungen hätte an sich ziehen können.

Das hat nicht nur gleich dem Ersatzanspruch des Besitzers seinen Grund in der aequitas, sondern im besondern sprechen auch wirtschaftliche Erwägungen mit. Würde dem Verwender das Recht gegeben, die Verwendungen für sich in Anspruch zu nehmen, sie also nach dem Besitze wieder von der Sache fortzunehmen, so würde häufig — vielleicht ‚nur aus Chikane gegen den Eigentümer — die Existenz oder Erhaltung der Sache überhaupt in Frage kommen, in anderen Fällen würde die Sache entwertet, in dritten ihres Schmuckes, ihrer Zierde beraubt, oft ohne daß damit der Verwender für sich irgendeinen Vorteil verbindet. Und ist solch ein Vorteil für ihn vorhanden, so ist er gering gegenüber dem Nachteil, den in den meisten Fällen die Sache dadurch erleidet. Schwere wirtschaftliche Bedenken sprechen dagegen, daß es der Laune eines Menschen, der nicht einmal der Eigentümer ist, überlassen sein soll, den Wert einer Sache nach Gutdünken und ohne eigenen Vorteil oder Nutzen zn beeinflussen.

---

[1]) Über den Begriff der omnis causa cfr. Glück VIII, S. 220 ff.

Aber auch der Grundsatz, daß der Eigentümer die Verwendungen auf seine Sache in Anspruch zu nehmen berechtigt ist, müßte in seiner Anwendung zu Härten und Ungerechtigkeiten führen, so lange der Verwender für seine Aufwendungen irgendwelche Entschädigung nicht erhält. Einer solchen einseitigen Regelung würde schon durch die allgemeine Rechtsregel widersprochen, daß sich niemand zum Schaden eines anderen und mit Unrecht bereichere, und Billigkeitsrücksichten mußten zu einer Hilfe für den Verwender führen. Als eine natürliche Konsequenz der Entwicklung wird das Ergebnis zu betrachten sein, daß der Verwender einen allgemeinen Anspruch auf Entschädigung für seine Verwendungen erhält, mag dieser Anspruch auch im einzelnen an bestimmte Voraussetzungen gebunden sein. Der Ersatzanspruch ist also entstanden als der natürliche Gegensatz gegen die unbillige Durchführung des Eigentumsanspruchs.

Fragen wir uns nun weiter nach dem Entstehungsgrund des jus tollendi. Wir wollen uns einen Fall vorstellen, in dem der Eigentümer keinen Nutzen oder Vorteil von den Verwendungen hat, so daß er selbst die Verwendungen niemals gemacht hätte. Wenn wir weiter annehmen, daß der Ersatz dieser Verwendungen auch die Kräfte seines Vermögens übersteigt, so wäre es zwiefach unbillig und ungerecht, wenn er gezwungen würde, Ersatz zu leisten.

Auf der anderen Seite hat nun aber der Verwender große Ausgaben gemacht, in dem guten Glauben, er tue das für eine ihm gehörige Sache. Da ihm aus den angeführten Gründen Ersatz nicht zugesprochen werden kann, mußte er ohne jede Entschädigung die Verwendungen mit in das Vermögen des Eigentümers übergehen lassen. Diese Lösung befriedigt unser Rechtsgefühl ebenfalls nicht, und sie verstößt im besonderen gegen den Grundsatz, daß sich niemand zum Schaden eines anderen bereichern solle. So hat denn auch diese letzte Erwägung zu einem Ausgleich geführt, der in einer großen Reihe von Fällen dem Verwender einen billigen Ersatz bietet, sie hat das jus tollendi geschaffen, das Recht des Verwenders, die

von ihm gemachten Verwendungen wieder von der Sache zu trennen. Wie die Billigkeit der grundsätzlichen Berechtigung des Eigentümers einer Sache, mit dieser Sache auch die Verwendungen in sein Vermögen zu ziehen, den Ersatzanspruch des Verwenders entgegenstellt, so der Bereicherungssatz das jus tollendi.

Doch das höhere Recht, das ursprüngliche gegenüber dem abgeleiteten jus tollendi, ist das Recht des Eigentümers auf die Sache cum omni causa, also auch mit den Verwendungen. So kann der Eigentümer auch das jus tollendi immer abwenden, falls er dem Verwender den Wert leistet, den die Verwendungen nach ihrer Trennung darstellen. Das Recht des Eigentümers auf die Verwendungen ist also stets das stärkere. In Wahrheit stellt sich demnach das jus tollendi nur als eine vom Eigentümer zugelassene Einschränkung des Eigentumsrechtes dar, die von der Billigkeit und aus der Erkenntnis gefordert ist, daß das Recht die Bereicherung des einen zum Nachteile des anderen nach Möglichkeit verhüten müsse.

Auf einem anderen Standpunkte über den Entstehungsgrund des jus tollendi scheint Demelius[1]) zu stehen. Er weist auf die l 9 D 25, 1 hin: ita permittendum est marito auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit — und deduciert, daß auf Grund dieser Stelle häufig jemand das jus tollendi nicht habe, auch wenn für ihn durch die Trennung ein großer Schade verhütet werde, weil die Sache nicht nach der Trennung in sein Eigentum fällt. So werde z. B. bei der implantatio der Eigentümer bereichert, zum Schaden des Besitzers und doch könne das jus tollendi nicht angewendet werden, da das Eigentum an den eingepflanzten Sachen für den Besitzer entgiltig verloren sei, da ja nicht futurum est eius quod abstulit.

Demelius will sich in seiner Deduktion in Gegensatz zu Sell stellen, der augenscheinlich die übrigens nicht unbestrittene[2])

[1]) a. a. O. S. 124.

[2]) Vgl. S. 27 unserer Abhandlung.

Voraussetzung des jus tollendi, daß die getrennte Sache in das Eigentum des Verwenders fallen muß ohne Bildung eines neuen Eigentumsrechtes, in seinen Ausführungen übersehen hat. Aber er bestreitet sie auch nicht, und so will Demelius etwas beweisen, das auf der einen Seite — wenigstens soweit es Sell angeht — nicht angezweifelt wird, und auf der anderen Seite mit der Behauptung, daß das jus tollendi seinen Grund in dem Bereicherungssatze habe, in gar keinem Zusammenhange steht. Es wird und kann naturgemäß nicht behauptet werden, daß immer und überall da, wo jemand zum Schaden eines anderen bereichert wird, das jus tollendi gegeben sei, aber nicht widerlegt ist, daß, wenn die Voraussetzungen des jus tollendi vorhanden sind, dieses Recht seinen Grund in dem Bereicherungssatze habe.

Wenn sich Demelius weiter zum Beweise seiner Ansicht auf Leist beruft, so ist das nicht erklärlich. Leist[1]) weist bei der speziellen Besprechung über das jus tollendi garnicht auf den Entstehungsgrund hin. Seine vorhergehenden Ausführungen beziehen sich auf den Ersatz von Verwendungen im allgemeinen. Hierin geht er aber noch weiter, als wir es wollen, wenn er die Rechtssätze über die Ersatzpflicht „Natursätze“[2]) nennt, wenn seinen Worten zufolge „naturali ratione der Eigner, weil er den Nutzen haben will, auch die dazu erforderlichen Verwendungen als Last auf sich nehmen muß“. Leist hätte auch wohl, falls er überhaupt die Absicht gehabt, seine Ansicht den Ausführungen Sell's gegenüber zu stellen, im Laufe der Abhandlung in dieser Frage gegen Sell polemisiert, dessen Abhandlung über die einschlägige Frage ihm nicht unbekannt geblieben sein kann.

Unsere Ausführungen werden also wohl erwiesen haben, daß das jus tollendi da gegeben ist, wo die aequitas mit dem Ersatzanspruch nicht zu helfen vermag, daß es sich gewissermaßen als ein subsidiäres Hilfsmittel darstellt. Ersatzanspruch

[1]) a. a. O. S. 41 f. u. 11 ff.

[2]) Ähnlich Mühlenbruch a. a. S. 37. Vgl. dagegen aber Pernice a. a. O. S. 175.

und jus tollendi sind eng mit einander verwandt, sie ergänzen sich in glücklicher Weise, um das Recht des Verwenders zu schützen [1]).

Wie der Ersatzanspruch sich als ein Forderungsrecht des Verwenders gegen die Eigentümer darstellt, so hat auch das jus tollendi die rechtliche Natur eines Forderungsrechtes.

Ganz anderer Meinung ist Leist [2]), er faßt das jus tollendi als ein „Anbietungsrecht des Eigners" auf. Zu dieser Ansicht ist er durch folgende Deduktion gelangt. Im allgemeinen wird dem Verwender ein Ersatzanspruch in Geld zugesprochen, dieser Anspruch ist aber limitiert. Die Grenze wird gegeben durch ein Recht des Eigners, dem Verwender das tollere anzubieten und damit den status quo wieder herzustellen. Zur Begründung seiner Ansicht nimmt Leist irgend eine Quellenstelle nicht in Anspruch. Die Quellen sprechen auch niemals davon, daß das jus tollendi ein Gegenrecht des Eigentümers gegen den Ersatzanspruch des Verwenders sei. Ihre bezüglichen Entscheidungen beweisen im Gegenteil, daß auch sie das jus tollendi als ein Recht des Verwenders ansehen, das neben den Ersatzanspruch tritt.

Einen Widerspruch könnte man vielleicht aus dem Ausspruche des Paulus I 27 § 5 D 6, 1 herauslesen, auf den sich aber Leist nicht bezieht. Hier wird dem bonae fidei possessor Ersatz der von der Hauptsache trennbaren Verwen-

---

[1]) Auf eine andere Ansicht über den Entstehungsgrund des jus tollendi sei kurz hingewiesen. Die Verwendungen fallen zum Teil in das Vermögen des Eigentümers, dieser muß sie für sich anerkennen und ist dann verpflichtet, einen Abzug von der Sache oder Wiedererstattung der Auslagen zu gestatten, oder aber die Verwendungen bleiben im Vermögen des Verwenders, so ist ihm gestattet, das Seinige wieder an sich zu nehmen. Im ersteren Falle ist der Ersatzanspruch, im letzteren das jus tollendi gegeben. cfr. Schmidt, Verwendungsanspruch S. 22. Die Deduktion widerspricht vielfach den tatsächlichen Verhältnissen und erscheint unbegründet. Für uns fällt sie damit zusammen, daß wir das jus tollendi auch bei Eigentumsverlust nicht ausgeschlossen erachten. Vgl. S. 27.

[2]) a. a. O. S. 32 ff.

dungen zugesprochen, „nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum aedificium“. Es scheint in der Tat so, als gäbe die Stelle dem Eigentümer das Recht, entweder Ersatz zu leisten oder aber durch Dulden der Wegnahme der Verwendungen sich zu befreien. Es würde demnach dem Ersatzanspruch das Recht des Eigentümers auf ein pati tollere entgegenstehen. Wie unten[1]) gelegentlich der Besprechung über die impensae utiles näher ausgeführt wird, handelt es sich hier aber um den einzelnen Fall, in welchem es der Verwender im Einverständnis mit dem Eigentümer vorzieht, die Verwendung fortzunehmen, und seinerseits auf den Ersatzanspruch verzichtet. Es beruht also hier das „Dulden der Fortnahme“ nur auf dem Verzicht des Verwenders, andere Ansprüche zu erheben, nicht etwa auf dem Recht des Eigentümers, von vornherein sich durch pati tollere zu befreien.

Wenn die Ansicht Leist's über die rechtliche Natur des jus tollendi richtig wäre, so würde das rechtlich und praktisch wichtige Konsequenzen haben. Wir würden in dem jus tollendi nicht mehr das Forderungsrecht des Verwenders, also ein für den Verwender gegebenes Hilfsmittel erblicken, sondern ein Anbietungsrecht des Eigentümers, das geschaffen ist, diesen zu entlasten. Dagegen sprechen sowohl rechtliche wie wirtschaftliche Bedenken. Abgesehen davon, daß wir für uns die Quellen in Anspruch nehmen können, und Leist seine Ansicht mit Beweismitteln nicht belegt, spricht gegen ihn auch der Entstehungsgrund des jus tollendi, der dieses Recht neben dem Ersatzanspruche zur Vermeidung einer Benachteiligung des Verwenders ins Leben gerufen hat. Ferner könnten wir es auch nicht gut heißen, daß der Eigentümer den billigen Ersatzanspruch z. B. für eine impensa utilis durch pati tollere soll abwenden können, daß er die Befugnis haben soll, die Sache und das Vermögen des Verwenders zu schädigen, vielleicht nur um eine persönliche Laune zu befriedigen oder Chikane zu üben. Eine derart einseitige Rücksichtnahme auf

[1]) vgl. S. 39.

die Interessen des Eigentümers würde dem ganzen auf Gründen der Billigkeit beruhenden System der Verwendungen widersprechen.

Aber auch Leist selbst erscheint in seiner Ansicht nicht konsequent oder doch zum mindesten unvorsichtig in seiner Ausdrucksweise. Er spricht kurz vor der erwähnten Stelle[1]) von einem „ideellen jus tollendi" und versteht darunter bei den impensae utiles den Anspruch auf Ersatz der Werterhöhung, die die Sache durch die Verwendung erhalten hat. An die Stelle der reellen Wegnahme „tritt die ideelle Wegnahme dessen, was als Wertzuwachs erscheint". Wenn wir auch nichts gegen die Terminologie des Ersatzanspruches bei den impensae utiles als „ideelles jus tollendi" einwenden wollen, so können wir das doch nur auf Grund unserer Anschauung über das jus tollendi. Wie will es aber Leist, der das jus tollendi als ein „Gegenrecht gegen den Ersatzanspruch des Verwendenden" ansieht, mit seiner Ansicht vereinbaren, wenn er den Ersatzanspruch bei den utiles impensae selbst als „ideelles jus tollendi" bezeichnet?! Daß der Ersatzanspruch ein Recht des Verwenders ist, bestreitet Leist nicht und kann es nicht bestreiten. Es klingt aber doch fast paradox, ein Recht als sein eigenes ideelles Gegenrecht bezeichnen zu wollen.

Schließlich sei noch kurz hingewiesen auf die Ansicht Schmids[2]), der das jus tollendi als ein Wahlrecht des Besitzers auffaßt. Er gibt dem Verwender auch dann das Wegnahmerecht, wenn er Ersatzansprüche wirksam geltend machen kann. Diese Ansicht Schmids erscheint in den Quellen absolut unbegründet, auch sein Hinweis auf die l 38 D. 6, 1 hat keine Beweiskraft, da in diese Quellenstelle seine Auffassung nicht hineininterpretiert werden kann[3]).

Das jus tollendi stellt sich uns also dar einerseits als ein Hilfsmittel, das aus dem Satze hervorgegangen ist, niemand

[1]) a. a. O. S. 53.
[2]) Handbuch S. 343.
[3]) vgl. Sachs. S. 79.

soll sich zum Schaden eines andern und mit Unrecht bereichern, und das subsidiär neben den Ersatzanspruch tritt, — andrerseits als das Forderungsrecht des Verwenders auf Fortnahme seiner Verwendungen.

§ 7.

Voraussetzungen des Verwendungsanspruchs und des jus tollendi.

Eine eingehende spezialisierte Darstellung der Voraussetzungen des Verwendungsanspruches wird dem besonderen Teile gelegentlich der Besprechung über den Anspruch auf Ersatz der impensae necessariae, utiles und voluptuariae vorbehalten bleiben. Der Anspruch nimmt im einzelnen eine ganz verschiedene Form an, so daß es zweckmäßig erscheint, die besonderen Gesichtspunkte an den bezüglichen Stellen zu besprechen. Hier seien nur kurz die ganz allgemeinen Punkte erwähnt, die aus Begriff und Wesen des Ersatzanspruches abgeleitet sind.

Die Verwendungen müssen in Hinblick auf die Sache selbst gemacht sein und direkt oder indirekt eine Einwirkung auf die Sache zur Erhaltung oder Werterhöhung bezwecken. Daraus ergiebt sich, daß diejenigen Verwendungen einen Ersatzanspruch nicht begründen, welche infolge culpa des Verwenders ihren Zweck — Erhaltung oder Werterhöhung der Sache — nicht erfüllt haben.

Der Anspruch selbst entsteht uno actu mit der Erhebung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache als ein Gegenrecht des Verwenders. Er setzt also den Anspruch auf Herausgabe seitens des Eigentümers voraus. Die Bereicherung des Eigentümers ist zwar bereits in dem Augenblick gegeben oder begründet, in welchem der Besitzer die Verwendung macht, aber sie hat erst materielle Wirkung für den Eigentümer in dem Augenblick, in dem er die Sache zurückerhält, bezw. ihre Herausgabe fordert. Das zeigt sich im besonderen darin, daß der Ersatzanspruch überhaupt nicht ins Leben tritt, wenn der

Eigentümer auf sein Eigentum praktisch oder formell verzichtet.

Ein an sich begründeter Ersatzanspruch kann unter Umständen ermäßigt oder aufgehoben werden. Sowohl nach römischem, wie nach gemeinem Rechte werden nämlich die Verwendungen durch die Nutzungen, die der Besitzer aus der Sache gezogen hat, kompensiert[1]).

Während der Ersatzanspruch erst durch die Verbindung mit der speziellen Art der Verwendung, der necessaria, utilis voluptuaria, seine bestimmte Form erhält, ist das jus tollendi ein feststehendes Gebilde, dessen Vorhandensein stets an eine Reihe bestimmter Voraussetzungen geknüpft ist.

1. Aus dem Begriff und Wesen des jus tollendi ergibt sich, daß es nur Anwendung finden kann auf Verwendungen, die sich ihrer Natur nach von der Hauptsache trennen lassen, ohne daß Wesen und Wert der Hauptsache oder der Verwendung gefährdet werden[2]). Es soll damit nicht gesagt sein, daß das jus tollendi bei der Befürchtung einer jeden kleinen Schädigung ausgeschlossen wird, ohne eine solche wird sich ja das jus tollendi überhaupt selten durchführen lassen, nur die wirtschaftliche Gefährdung der Hauptsache und die nutzlose Zerstörung der Nebensache sollen vermieden werden.

Es wird im einzelnen Falle auch nicht immer leicht festzustellen sein, ob Wert und Wesen der Hauptsache gefährdet erscheinen oder nicht. Trotzdem beweisen wirtschaftliche Rücksichten, das Interesse der Allgemeinheit an dem Vermeiden zweckloser Zerstörung von Gütern und die Erwägung, daß ein kleiner Nutzen des Verwenders eine große Schädigung des Eigentümers nicht rechtfertigt, die Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung.

2. Die Trennung der Impensen wird häufig mit einer Beschädigung oder Beeinträchtigung der Hauptsache verbunden sein. In diesem Falle ist der Verwender verpflichtet, den

---

[1]) l 48 D 6, 1.

[2]) l 38 D 6, 1. l 37 D in fine eod. l 39 D 5, 3.

Schaden wieder gut zu machen, und die Sache in ihren früheren Zustand wieder herzustellen[1]). Das jus tollendi soll für den Eigentümer irgend welche Schädigung nicht zur Folge haben.

Diese Erwägung führt auch dazu, daß die Wegnahme auf Kosten des Verwenders zu geschehen hat. Die Quellen erwähnen das zwar nicht ausdrücklich, sie sprechen nur davon, daß der Verwender wegzunehmen berechtigt ist oder wegnehmen lassen darf, aber sinngemäß kann die Verpflichtung der Kostenübernahme nur den Verwender treffen.

Zur Sicherung des Eigentümers ist diesem weiter das Recht gegeben, eine cautio damni infecti zu fordern, um für den nicht ersetzten Schaden eine Deckung zu besitzen.[2])

3. Eine Folge der letzten Voraussetzung ist es auch, daß der Eigentümer verpflichtet ist, dem Verwender eine angemessene Zeit zur Fortnahme der Impensen zu lassen. Es soll dem Eigentümer nicht möglich sein, durch die sofortige Besitznahme der Sache die Ausübung des jus tollendi zu hintertreiben.[3])

4. Auf einer anderen Grundlage beruhen die nächsten Voraussetzungen, sie sollen verhüten, daß das jus tollendi lediglich aus Chikane ausgeübt wird.

So hat der Verwender nur dann ein Recht auf Wegnahme, wenn er wirklich einen Nutzen für sich damit verbindet.[4])

Ferner ist der Eigentümer stets berechtigt, das jus tollendi durch den Ersatz des Wertes, den die Verwendung nach der Trennung haben würde, abzuwenden.[5])

---

[1]) l 19 § 4 D 19, 2.

[2]) l 11 D 6, 1. l 27 § 4 D. h. t.

[3]) l 21 D 5, 1.

[4]) l 38 D 6, 1. Ferner Böcking S. 448; Göschen S. 64. unter Nr. 1, Gesterding S. 376.

[5]) l 38 D 6, 1.
Ferner Seuffert, Pand. S. 198. Seuffert, Archiv Nr. 124 a. E. Glück VIII S. 305. Schmid, Handbuch S. 342. Gesterding S. 376 nennt es das jus offerendi des Eigentümers.

5. Von einigen Darstellern der Impensenlehre[1]) wird noch eine letzte Voraussetzung für das jus tollendi zugefügt. Eine Trennung soll nur dann zulässig sein, wenn dasjenige, was getrennt wird, in das Eigentum des Trennenden zurückfällt, wenn also das Eigentum des Verwenders an der Verwendung beharrt. Wie Demelius es ausdrückt, muß „hinter dem Anspruch ein durch die Trennung erwachsendes dingliches Recht an der getrennten Sache stehen".

Ledermann[2]) spricht sich gegen diese Voraussetzung aus, doch tut er das mit einer zwiefach irrtümlichen Begründung. Er behauptet, daß sich in den Quellen kein Beleg für die Ansicht findet, und daß aus der l 38 D 9, 1 unzweifelhaft das Gegenteil sich ergebe. Auch nennt er Schmid als den einzigen, der auf dem von ihm bekämpften Standpunkt stehe.

Es kann demgegenüber nur betont werden, daß in der l 9 D. 25, 1 die Ansicht des Demelius und Schmid unzweifelhaft einen Halt findet, daß man ferner aus der l 38 D 6, 1 gegenteilige Schlüsse nicht gut wird ziehen können. Trotzdem werden auch wir uns gegen die Voraussetzung aussprechen, daß das Eigentum des Verwenders an der getrennten Sache beharrt haben muß.

In den Quellen finden wir nämlich mit Ausnahme der l 9 D 25, 1 überhaupt keine Stellungnahme zu unserer Frage. Und doch erscheint diese Voraussetzung des jus tollendi derartig wichtig, daß auch an anderen Stellen davon gehandelt wäre, wenn sie allgemeine Anwendung gefunden hätte. Es wird sich bei der zitierten Stelle um den Einzelfall handeln, in welchem eben lediglich marito permittendum est auferre ornatum quem posuit, si futurum est eius quod abstulit. Man würde mit einer Verallgemeinerung der Stelle das jus tollendi zu einer bequemeren Form der rei vindicatio herabdrücken, denn in jedem Fall des jus tollendi würde dem

---

[1]) Demelius S. 125. Schmid, Handbuch S. 342.
[2]) a. a. O. S. 54.

Verwender auch mit der rei vindicatio zu helfen sein. Das jus tollendi ist doch aber seiner ganzen Art nach mehr als das. Es soll doch hauptsächlich gerade da helfen, wo ein Anspruch anderweitig nicht gegeben, wo sonst nicht zu helfen ist. Das jus tollendi wird von uns für ein Recht sui generis gehalten, und wir werden um eines einzelnen Falles in den Quellen sein ganzes Wesen nicht als verändert ansehen können.

§ 8.

Geltendmachung des Ersatzanspruches und des jus tollendi.

Sowohl der Verwendungsanspruch als auch das jus tollendi stellen sich uns als vollgiltige Rechte dar, die von der Wissenschaft eingehend untersucht und in ihren Grundzügen festgelegt sind. Als solche hätten sie naturgemäß in ihrer Geltendmachung nicht beschränkt werden dürfen. Aber es fällt auf, daß in den Quellen dem Verwender ein Klagerecht zur Geltendmachung seiner Ansprüche nicht zugesprochen wird,[1]) es sei denn, daß ein bestimmtes Kontraktsverhältnis vorliegt. Der Besitzer hat für sich handeln, nicht einen anderen verpflichten wollen,[2]) das ist die etwas dürftige Erklärung für diese auffallende Rechtsgestaltung.[3])

Die Durchführung der Ansprüche des Verwenders wird im

---

[1]) l 33 D 12, 6 u. a. m. So auch die herrschende Meinung des gemeinen Rechts, doch nicht ganz unbestritten, wie auch l 19 § 4 D 19, 2 zeigt; vgl. weiter Ob. Trib. Bd. 55 S. 65 ff. Schmidt, Verwendungsanspruch S. 60.

[2]) l 14 § 1 D 10, 3 verb.: quia neminem obligare voluit.

[3]) Monroy S. 176. Dagegen meint Ziebarth S. 311, es habe an einem Bedürfnis zur Klage gefehlt. Der redliche Besitzer könne den Besitz nicht als eine Last empfinden, da er ja doch bald usucapieren müsse. Demgegenüber bemerkt Johow S. 933 Anm. 2 treffend, daß ja durch die Wirksamkeit der mala fides superveniens dieser Trost auch für den ursprünglich redlichen Besitzer wegfallen würde.

wesentlichen der potestas, dem officium judicis[1]) überlassen. Er soll die Ansprüche des Beklagten in der Kondemnation genügend berücksichtigen. Erst wenn der Eigentümer die Kostenfeststellung des Richters nicht anerkennt, setzt der Richter die exceptio doli[2]) in die Formel und gibt dem Verwender Retentionsrecht[3]) bis zur Erstattung der Impensen. Er berücksichtigt die exceptio auch von Amtswegen, wenn sie von dem Beklagten nicht selbst vorgebracht wurde, aber der Tatbestand ergab, daß die Verwendungen wirklich gemacht waren.[4])

Diese eigenartige Regelung der Geltendmachung der Verwendungsansprüche scheint darauf hinzuweisen, daß die römischen Juristen nicht nur deshalb eine Klage verweigerten, weil der Verwender neminem obligare voluit, sondern daß sie auch noch durch andere Rücksichten veranlaßt wurden. Die Lehre von den Verwendungen ist zwar schon im römischen Recht Gegenstand eingehender Untersuchung geworden, aber derart auf der Basis der aequitas aufgebaut, daß ihre Deutung im einzelnen Falle häufig dem subjektiven Ermessen des Richters überlassen bleibt und überlassen bleiben soll. Es hätte hier die Formulierung und Charakterisierung einer Klage ungemeine Schwierigkeiten bereitet, es erschien daher ebenso unpraktisch, eine Anleihe in einem anderen Rechtsgebiet zu machen, wie es unmöglich erschien, ohne Vergewaltigung des Systems eine neue streng abgegrenzte Klage zu schaffen. Auch ist man wohl der Meinung gewesen, daß durch die festgestellte Regelung annähernd dieselben Resultate erreicht würden. Nach Herausgabe der Sache vor Erstattung der Impensen glaubte man wohl mit den Rechtssätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung genügend Hilfe zu gewähren.

---

[1]) l 11 D 9, 4.

[2]) l 48 D 6, 1. Ferner Göschen S. 64 Nr. 2. Thibaut S. 202. Großkopff S. 11 ff.

[3]) l 33 D 12, 6; l 14 D 44, 4. Ferner auch Sintenis I S. 535. Semelius S. 124.

[4]) l 38 D 5, 3; l 58 eod.

Und schließlich werden wir anerkennen müssen, daß sich diese Art der Geltendmachung dem System der Verwendungen ganz besonders symmetrisch anfügt. Sowohl exceptio doli wie Retentionsrecht sind aus der naturalis ratio hervorgegangen und bauen sich ganz aus Billigkeitsrücksichten auf.

Trotzdem werden wir nicht verkennen, daß diese Regelung unser Rechtsgefühl nicht befriedigt. Mag auch der Zustand, solange der Verwender auch Besitzer ist, erträglich erscheinen, ganz unzulänglich wird er doch, wenn der Eigentümer vor Erstattung oder Genehmigung der Verwendungen die Sache zurückerhalten hat. Die Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung[1]) des Eigentümers werden in einer großen Anzahl von Fällen versagen, im besondern das jus tollendi erscheint dann ausgeschlossen.

Von diesen Erwägungen ist auch die gemeinrechtliche Wissenschaft und Praxis beherrscht worden. Während sich ein Teil trotzdem auf die Seite des römischen Rechts stellt und eine Klage nicht zulassen will,[2]) versucht es die herrschende Meinung, eine Klage zu konstruieren.[3]) Eine Einheitlichkeit ist nicht zustande gekommen, doch scheint die Mehrheit für die Gestalt der actio negotiorum gestorum utilis[4]) sich entschieden zu haben. Jedenfalls bedeutet die Regelung des gemeinen Rechts wegen ihrer Ungewißheit und Unsicherheit kaum einen Fortschritt gegenüber dem römischen Rechte.

Übereinstimmend setzen römisches und gemeines Recht fest, daß der Besitzer auch für die Verwendungen seiner Vorbesitzer Ersatzansprüche hat.[5]) Nicht unbestritten ist die

---

[1]) cfr. die eingehenden Ausführungen Weidemanns S. 12 ff.

[2]) Fabricius S. 88 ff. Kämmerer a. a. O. S. 148. Wächter II, S. 128.

[3]) Glück VIII S. 309. Sell., Versuche S. 129 ff. Seuffert, Pand. S. 198. Note 17. Sintenis I, S. 535.

[4]) Weidemann S. 42 ff. vide aber auch Kämmerer S. 148, der im besondern die actio neg. gest. utilis leugnet.

[5]) l 14 § 1 D 10, 3. cfr. ferner Francke S. 59. 60. Dernburg, Pand. § 227 unter 3. Windscheid, § 194 Anm. 1a. Johow S. 930.

Meinung Kohlers,[1]) daß durch die Verwendung sowohl nach gemeinem, wie nach römischem Rechte nicht nur der Eigentümer verpflichtet wird, dem gegenüber die Verwendung gemacht ist, sondern daß das Retentionsrecht auch dessen Rechtsnachfolgern entgegengehalten werden könne. Die Erklärung hierfür liege nicht in der natürlichen Deduktion, daß der Rechtsnachfolger in gleicher Weise bereichert sei, wie der ursprüngliche Eigentümer, und daß gegen jeden künftigen Eigentümer der Rechtsanspruch neu erwachse, sondern der Aufwendungsanspruch richte sich nur gegen den ersten Eigentümer. Die Erklärung sei abzuleiten aus dem Prinzip, „daß der Besitz den Anspruch auf Besitzerhaltung so festige, daß er gegen jeden Rechtsnachfolger wirkt", in unserem Falle natürlich nur eine Wirkung bis zur Erlegung des Aufgewendeten. Diese Ansicht Kohlers findet weder eine Stütze in den Quellen, noch ist sie von anderen Juristen geteilt oder verteidigt worden. Im besonderen geht Sachs[2]) auf die Frage ein, ob beim Wechsel des Eigentümers das Retentionsrecht gegen den zweiten Eigentümer anwendbar sei, und verneint sie entschieden. Ihm ist zwar die Meinung Kohlers nicht bekannt, doch wird durch seine Ausführungen jedenfalls die von Kohler gegebene Erklärung widerlegt. Sachs weist darauf hin, daß das einzige Mittel zur Geltendmachung des Ersatzanspruches das Retentionsrecht ist, dieses kann aber nur angewandt werden, solange der Verwender auch besitzt, und während dieser Zeit kann wiederum ein Eigentumsübergang, abgesehen von der Universalsuccession, nicht stattfinden, denn das römische Recht kennt keine Abweichung vom Traditionsprinzip, auch bei der cessio vindicationis erlangt Cessionar erst Eigentum im Augenblick der Besitzergreifung. Auch wir werden uns der Ansicht Kohlers nicht anschließen können, sondern für das römische und gemeine Recht die Anwendung des Retentionsrechtes gegen

[1]) Kohler im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 18. S. 91. 92
[2]) S. 74

spätere Eigentümer, soweit sie überhaupt denkbar ist, ausschließen.

Die Bestimmungen über die mala fides bei der Retention lassen eine sichere Entscheidung vermissen. Das römische Recht giebt gelegentlich der Regeln über die Impensen keine klare Entscheidung, während es im allgemeinen für die Retention bezw. exceptio doli bona fides fordert.[1]) Daraus schließen einige gemeinrechtliche Schriftsteller, daß die exceptio doli und das Retentionsrecht dem malae fidei possessor ganz zu versagen seien.[2]) Was nützt ihm aber der Anspruch wenn er ihn garnicht zur Geltung bringen kann. Der Anspruch des malae fidei possessor ist in bestimmten Fällen unzweifelhaft feststehend, und es würde ungeheuer inkonsequent sein, wenn das Recht auf der einen Seite den Anspruch bildet, auf der anderen Seite in der Geltendmachung ausschließt.

Von einigen Juristen wird noch besonders betont, daß[3]) dem Besitzer, der durch ein Delikt sich in den Besitz der fremden Sache gesetzt hatte, stets, also auch für impensae necessariae, das Retentionsrecht zu versagen sei. Die Richtigkeit dieser Entscheidung kann nicht bezweifelt werden, sie geht ja aber auch ganz naturgemäß daraus hervor, daß der deliktmäßige Besitzer — in den Quellen der fur — einen Ersatzanspruch überhaupt nicht hat.

Die richtige Entscheidung wird wohl sein, daß der Richter unter Berücksichtigung des einzelnen Falles dem malae fidei possessor zu seinem Rechte verhilft, bezw. es ihm versagt. Im besonderen wird er ihm aber immer dann helfen, wenn der malae fidei possessor impensae necessariae gemacht hat.[4])

---

[1]) Gaius Inst. II § 76.

[2]) Monroy S. 177.

[3]) Pagenstecher S. 164, der aber das jus tollendi nicht versagt.

Pernice, Labeo S. 178.

[4]) l 38. 39 § 1 D 5, 3; l 37 D 6, 1; besonders l 5 C 3, 32. Pagenstecher S. 164 a. E.; ferner Pernice, Labeo S. 179, der bei der hereditatis petitio dem bösgläubigen Verwender auch für impensae utiles Retentionsrecht zugesteht.

So hat auch die gemeinrechtliche Wissenschaft bei impensae necessariae dem malae fidei possessor sowohl exceptio doli wie Retentionsrecht zugestanden, während sie im übrigen durch bestimmte Regeln die Unklarheit des römischen Rechtes nicht gemindert hat.

B. Besonderer Teil.

Nach Festlegung der allgemeinen Gesichtspunkte werden wir in unseren folgenden Ausführungen auf die Gestaltung des Ersatzanspruches bei jeder einzelnen Art der Verwendungen und auf die Anwendung des jus tollendi im einzelnen einzugehen haben.

Wir werden in Bezug auf die Person des Verwenders darin einen Unterschied machen, ob er bona oder mala fide die Verwendungen gemacht hat. Schon aus Billigkeitsrücksichten scheint es natürlich, daß der bonae fidei possessor[1]) eine andere Behandlung erfährt als der malae fidei possessor, und naturgemäß ergiebt sich daraus eine Zweiteilung des Stoffes.

Weiter werden wir aber in Bezug auf die Verwendungen selbst zwischen solchen Verwendungen unterscheiden, die sich von der Hauptsache trennen lassen, und solchen, die eine Trennung ausschließen. Mit Rücksicht auf die Abgrenzung des Ersatzanspruches vom jus tollendi, das ja die Trennbarkeit der Verwendungen zur Voraussetzung hat, wird diese weitere Teilung die Klarheit und Übersichtlichkeit der Darstellung wesentlich erhöhen.

§ 9.

Anspruch auf Ersatz der impensae necessariae.

Im römischen ebenso wie im gemeinen Recht finden wir den Grundsatz durchgeführt, daß die impensae necessariae

[1]) Die Bezeichnung bonae fidei possessor und malae fidei possessor in diesem Sinne ist nicht ganz zutreffend. Wir werden in unseren Ausführungen unter bonae fidei possessor immer denjenigen Besitzer verstehen, der zur Zeit, wo er die Verwendungen macht, nicht weiß, daß er restituieren muß, unter malae fidei possessor denjenigen, dem die Restitutionspflicht bekannt ist.

bei Rückgabe der Sache in vollem Umfange zu ersetzen sind. Zwischen bonae fidei possessor und malae fidei possessor wird in diesem Fall ein Unterschied nicht gemacht. Auch kommt es nicht in Betracht, ob es sich um trennbare Verwendungen handelt oder nicht, da ja die unbeschränkte Zusicherung des Ersatzanspruches das jus tollendi ausschließt.

Diese Regelung erscheint als eine Folge der naturalis ratio, sie ist hervorgegangen aus Grundsätzen der aequitas. Der besitzende Eigentümer hätte die impensae necessariae ebenfalls machen müssen, er verdankt es den Ausgaben des Verwenders, daß er die Sache in einem wirtschaftlich brauchbaren Zustand zurückerhält. So liegt in jedem Falle in den notwendigen Verwendungen eine Bereicherung des Eigentümers zum Schaden des Besitzers, und es entspricht der Billigkeit, daß die Rechtsordnung eine derartige Bereicherung nicht zuläßt.

Da ferner der Begriff der impensae necessariae nur durch das Objekt bestimmt wird, ist ganz natürlich von dem Subjekt, der Person des Verwenders, abzusehen. Unwichtig ist deshalb für diesen Fall die Frage, ob sich der Verwender in mala oder in bona fide befand. Die Verwendungen sind rein objektive, sie bilden gleichsam eine dingliche Last der Sache, die mit dieser auf den Eigentümer übergeht und logischer Weise auch von ihm getragen werden muß.

Aber auch Bedenken wirtschaftlicher Art würden einer anderen Regelung des Rechtes entgegenstehen. Wenn ein Besitzer nicht die Gewißheit hätte, daß ihm notwendige Auslagen ersetzt werden, so würde er in den Fällen des zweifelhaften Besitzes die Sache wirtschaftlich zurückgehen lassen. Die Unsicherheit der Erstattung der Auslagen hätte eine möglichst große Sparsamkeit zur Folge, die leicht eine Verschlechterung der Sache und sicher eine Gefahr für die wirtschaftliche Produktion im Gefolge haben muß.

Auch der Umstand, daß die Verwendung später unbrauchbar wird oder schon kurz nach Übergabe der Sache einer Erneuerung bedarf, befreit den Eigentümer von der Ersatzpflicht nicht, denn auch dann ändert sich nichts daran, daß

ihm diese Verwendung die Möglichkeit zur gleichmäßigen weiteren wirtschaftlichen Ausnutzung der Sache gewährt.

Anders würde aber die Entscheidung lauten, wenn die Verwendung zur Abwehr eines Schadens gemacht wäre, der auf ein Verschulden des Verwenders zurückzuführen ist. An und für sich wird ja der Verwender für seine impensa necessaria Ersatz beanspruchen können, aber der Eigentümer wird demgegenüber einen Schadensersatzanspruch erheben, sodaß in der Kondemnation der Richter beide Ansprüche kompensieren würde. Tatsächlich fiele also der Verwender in diesem besonderen Falle aus.

Allgemein wird schließlich sowohl im römischen, wie im gemeinen Rechte demjenigen Verwender ein Anspruch versagt, der sich durch ein Delikt in den Besitz der Sache gesetzt hat. Im besondern wird in den Quellen hier der fur genannt[1]).

§ 10.

Anspruch auf Ersatz der impensae utiles.

Ebenso wie bei der Bestimmung des Begriffes „impensae utiles" werden wir bei der Abgrenzung der Ersatzpflicht der nützlichen Verwendungen subjektive und objektive Momente in Betracht zu ziehen haben.

Zuerst wird als das subjektive Moment die Person des Verwenders in Bezug auf ihre bona oder mala fides ins Auge gefaßt werden müssen. Der bonae fidei possessor, der nur eine seinen Verhältnissen angemessene wirtschaftliche Verbesserung vornehmen will, muß natürlich eine andere Berücksichtigung seiner Aufwendungen verlangen können als der malae fidei possessor, der möglicher Weise nur deshalb große Ausgaben macht, weil er dem Nachfolger deren Ersatz unmöglich machen und ihn so um die Sache bringen will.

Gerade diese unterschiedliche Behandlung des bonae und des malae fidei possessor im ganzen System der Verwendungen

[1]) l 13 D. 13, 1; Pernice S. 178 unten u. Anm. 95.

erweist, daß das römische Recht in unserer Lehre nicht strikt dem Rechtssatz: „jure naturae aequum est neminem cum alterius injuria fieri locupletiorem“ nachgegeben hat. Es hätte sonst eine Gleichstellung der bona und mala fides eintreten müssen, da der bösgläubige Besitzer ebenso wie der gutgläubige zum Vorteil des Eigentümers benachteiligt wird. Die Rechtskonsequenz hätte auch wohl zu diesem Resultat geführt, aber es wären praktisch unannehmbare Entscheidungen herbeigeführt worden[1]).

So hat auch bereits die römische Rechtsprechung in richtiger Würdigung der praktischen Bedürfnisse und auch in Hinblick auf eine höhere Billigkeit, die in gewissem Sinne eine Strafe für die mala fides verlangt, eine Berücksichtigung des bonae fidei possessor und eine Schädigung des malae fidei possessor für zweckmäßig erachtet.

Wir werden weiter bezüglich der Ansprüche aus den impensae utiles das objektive Moment in Betracht ziehen müssen. Die impensae utiles haben zum großen Teile ihren Ursprung in dem Unternehmungsgeiste des Verwenders, sie können, wie jede auch noch so sichere Spekulation, durch unvorhergesehene Umstände Mißerfolge nach sich ziehen. Da ist es natürlich, daß man Mißerfolge nur den entgelten läßt, der sich auf das Risiko der Unternehmung eingelassen hat, und nicht etwa den Eigentümer, der die Sache so übernehmen muß, wie sie ihm vom Verwender übergeben wird. Die impensae utiles müssen also eine wirkliche Werterhöhung der Sache darstellen, und zwar eine zur Zeit der Herausgabe der Sache noch andauernde Werterhöhung, falls der Verwender überhaupt einen Anspruch auf Ersatz erheben kann.

Diese Erhöhung gibt uns zugleich auch die Grenze an, bis zu welcher der Anspruch auf Ersatz gehen kann. Erreicht die Werterhöhung nicht die Größe der Verwendungen, so hat der Verwender den Schaden für das Risiko zu tragen, das er eingegangen ist. Übersteigt sie die Verwendungen, so kann

[1]) cfr. die Regelung des E. I B. G. B. und die dagegen angeführten Bedenken. S. 79 ff. unserer Abhandlung.

der Verwender doch nur Ansprüche stellen bis zur Höhe seiner Auslagen, denn die für die Verwendung aufgewendeten Kosten bilden die Grenze seiner Berechtigung [1]). Diese Erwägungen entsprechen dem Begriff der utilitas, wie sie auch der Billigkeit Berücksichtigung angedeihen lassen. Neben das subjektive Moment der Qualität des Verwenders tritt das objektive der Werterhöhung.

Wir werden weiter noch auf den Fall eingehen, daß der bonae fidei possessor reiche Verwendungen auf eine Sache macht, die der Eigentümer ohne Gefährdung seiner wirtschaftlichen Existenz nicht aufzubringen vermag. Hier entsteht eine schwer lösbare Interessenkollision. Der Eigentümer wird in diesem Fall zur Kostenerstattung nicht verpflichtet werden können, da die einzige Möglichkeit hierzu in der Veräußerung der Sache bestände. Ein derartiger Zwang zur Veräußerung des Eigentums steht aber einerseits mit der von den klassischen Juristen ganz allgemein vertretenen Ansicht im Widerspruch, daß dem dominus sein Eigentum wegen der darauf gemachten Verwendungen nicht entzogen werden dürfe, andrerseits könnte er auch zur Verarmung des Eigentümers führen. Denn eine unglückliche wirtschaftliche Konstellation oder widrige Verhältnisse können den Preis der Sache zur Zeit des erzwungenen Verkaufs derart niedrig stellen, daß er nur die tatsächliche Werterhöhung, bezw. die Kosten der Verwendungen erreicht. Die Rechtsordnung kann eine solche Möglichkeit naturgemäß nicht zulassen.

Auf der anderen Seite steht nun aber die Person des Verwenders, der Entschädigungsansprüche schon aus dem allgemeinen Satze heraus abzuleiten berechtigt ist, daß sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern soll. Er hat bona fide Verwendungen gemacht, diese sind auch nutzbringend geworden, und nun soll er deshalb für Arbeit und Erfolg nicht entschädigt werden, weil zufällig ein wirtschaftlich Minderwertiger ihm sein Eigentum abzustreiten berechtigt ist.

In dieser Kollision berechtigter Interessen finden wir eine

---

[1]) Schmid, Handbuch S. 340.

einzige ausgleichende Milderung, nämlich daß neben dem Ersatzanspruch als subsidiäres Hülfsmittel das jus tollendi gegeben ist und wenigstens in den Fällen Abhülfe schafft, wo es in seinen Voraussetzungen gegeben ist.

Die Lösung der Frage über den Ersatz der impensae utiles ist eine äußerst komplizierte. Das haben auch die römischen Juristen erkannt und deshalb nicht absolut geltende Regeln aufgestellt. Im allgemeinen wird der Grundsatz durchgeführt, daß die impensae utiles dem bonae fidei possessor zu ersetzen sind, dem malae fidei possessor nicht. Die näheren Entscheidungen sollen in den praktischen Fällen dem Ermessen des Richters überlassen sein[1]), der boni viri arbitratu abzumessen habe, in wieweit die Verwendungen den Vermögensverhältnissen des Eigentümers angemessen erscheinen[2]).

Auf Grund der Entscheidungen in den Quellen hat nun das gemeine Recht folgende besondere Grundsätze entwickelt.

A. Wir betrachten zuerst den Fall, in dem ein bonae fidei possessor Verwendungen auf eine Sache gemacht hat, die sich ihrer Natur nach von der Hauptsache trennen lassen. Die römischen Juristen[3]) stimmen mit der gemeinrechtlichen Literatur[4]) überein, wenn sie in diesem Falle eine Ersatzpflicht des Eigentümers für die Verwendungen aussprechen.

Die Quellen führen als Beispiele im besonderen das Errichten eines Gebäudes oder das Einpflanzen auf fremdem Grund und Boden an[5]). Übereinstimmend sowohl in den Institutionen[6]), wie in den Digesten[7]) und im Codex[8]) wird dem

---

[1]) l 25 D 13, 7 i. f. l 38 pr. D 6, 1 verb.: bonus judex varie ex personis causisque constituet.

[2]) cfr. die in Seuffert, Archiv Bd. 43 angeführte Entscheidung des R. G., die sich ausdrücklich auf die l 38 D 6, 1 stützt.

[3]) cfr. die Stellen in Anm. 6—8.

[4]) Sintenis I S. 535. Böcking S. 448. Thibaut S. 302. v. Wening-Ingenheim, Pand. S. 303. Dernburg, Pand. S. 541.

[5]) cfr. dagegen Pernice S. 175 u. 179.

[6]) § 30 I. 2, 1.

[7]) l 14 D 39, 6. l 48 D 6, 1.

[8]) const. 11. 16. C. 3, 32.

bonae fidei possessor Ersatzanspruch gewährt. Im besonderen finden wir in den Digesten eine Stelle des Paulus[1]), die sich ohne Zweifel für unsere Ansicht ausspricht. Um so befremdlicher muß es nun aber erscheinen, wenn derselbe Jurist in l 27 § 5 D 6, 1 eine ganz andere Ansicht vorträgt. Paulus gibt hier dem Verwender Ersatz, „nisi paratus sit petitor pati tollere eum aedificium". Also für den Eigentümer wird hier nur die alternative Verbindlichkeit konstruiert, daß er Ersatz leisten muß, sich aber auch durch Anbieten des jus tollendi befreien kann. Für diese Entscheidung haben auch von den modernen Juristen[2]) einige Partei genommen. So sagt im besonderen von Buchholtz[3]) unter Hinweis auf die Worte des Paulus: „Denn hier (beim bonae fidei possessor) hängt es von der Willkür des Klägers ab, ihm die nützlichen Verwendungen zu erstatten oder die Erlaubnis zu geben, das Vorhandene fortzunehmen".

Wir müssen einer allgemeinen Anwendung der zitierten Stelle widersprechen. Der vorher aufgestellte Grundsatz, daß der bonae fidei possessor Ersatz zu verlangen berechtigt ist, wird in der großen Mehrzahl der Fälle der Billigkeit entsprechen. Denn der Eigentümer ist tatsächlich bereichert und hat im ungünstigsten Falle diese Bereicherung herauszugeben, so daß er einen Schaden nicht erleiden wird. Der Verwender ist aber schon dadurch genug für den Irrtum über das Eigentum an der Sache gestraft, daß ihm entweder nicht die Höhe seiner Auslagen erstattet wird, oder aber zwar diese, aber nicht die Größe des Wertes, um den infolge seiner Arbeit und seines Unternehmungsgeistes die Sache sich verbessert hat. Ungleich schlechter würde er aber noch behandelt werden, wenn er sich der Wahl des Eigentümers zufolge mit dem jus tollendi zu begnügen hätte. Auf jeden Fall werden die Verwendungen immer nach ihrer Trennung einen niedrige-

---

[1]) l 23 § 4 D 6, 1.
[2]) Göschen S. 63. Gesterding S. 374.
[3]) a. a. O. S. 399 im Nachtrag zu Note 70 der S. 90.

ren Wert repräsentieren, und durch das pati tollere würde der Verwender noch eine weitere Schädigung erfahren, die der Billigkeit nicht entspricht.

Auch wirtschaftliche Bedenken stehen dieser Lösung entgegen, denn es soll nicht der malitia des Eigentümers überlassen sein, auf die Werterhöhung der Sache zu verzichten, sie also einer Verbesserung zu berauben, nur um dadurch den Verwender noch besonders in seinem Vermögen zu schädigen.

Ebenso widerspricht die große Zahl der entgegenstehenden Quellenstellen der Auffassung, daß es sich hier um ein allgemeines Prinzip handele. In Wahrheit haben wir es nur mit einem einzelnen Fall zu tun, in dem das Ermessen des Richters[1]) eine divergierende Entscheidung trifft. Vielleicht kann das auf dem fremden Grund und Boden errichtete Gebäude den Verhältnissen des Eigentümers nur von geringem Nutzen sein, so daß auch die Werterhöhung unter diesen Umständen nicht bedeutend ist und weder in Betracht kommt gegenüber den Kosten, die auf die Errichtung des Gebäudes aufgewendet sind, noch den Wert aufwiegt, den die Materialien für den Verwender auch nach der Trennung haben. In diesem Fall wird ein bonus judex allerdings so entscheiden, wie Paulus angibt: Der Eigentümer wird die Wahl haben, dem Verwender Ersatzanspruch oder jus tollendi zuzugestehen.—

B. Ähnlich wie bei den trennbaren Verwendungen werden die Entscheidungen zu lauten haben, wenn der bonae fidei possessor Verwendungen gemacht hat, die sich ihrer Natur nach nicht von der Hauptsache trennen lassen. Hier fällt die Erwägung, ob vielleicht das jus tollendi in Betracht käme, überhaupt fort, und der bonae fidei possessor erhält Ersatz für Verwendungen, wie übereinstimmend in den Quellen und von der gemeinrechtlichen Wissenschaft entschieden wird.

Auch hiervon macht Paulus in l 27 § 5 D 6, 1 eine Ausnahme. Es handelt sich um den Fall, in dem ein Sklave herauszugeben ist, der in einer besonderen Kunst unterrichtet

---

[1]) l 38 pr. D. 6, 1.

war. Der Grund dafür, daß Paulus hier die Verwendung dem Verwender nicht ersetzen will, ist wohl wieder in den besonderen Umständen des Falles zu suchen. Der Eigentümer wird von den Künsten des Sklaven keinen Gebrauch machen können, für ihn ist eine Werterhöhung durch den genossenen Unterricht nicht gegeben. Da erscheint es dem Paulus billig, daß nicht der Eigentümer aus seinem Vermögen die Ausgabe für die von einem Dritten auf seine Sache unternommene, aber für ihn nicht nutzbare Spekulation tragen solle. Infolge besonderer Umstände ist hier aus der impensa utilis für den Eigentümer eine impensa voluptuaria geworden.

Wenn wir die Grundsätze über den Ersatz von impensae utiles an den bonae fidei possessor zusammenfassen, so werden wir folgende Regeln aufstellen:

In der großen Mehrzahl der Fälle erhält der bonae fidei possessor einen Ersatzanspruch auf die nützlichen Verwendungen, mögen sie trennbare oder nicht trennbare sein.

Doch ist bei den trennbaren das jus tollendi gegeben:

1. Wenn die Impensen so übermäßig sind, daß ihr Ersatz eine wirtschaftliche Gefährdung des Eigentümers nach sich ziehen würde.

2. Wenn sie für den Eigentümer seinen Vermögensverhältnissen nach eine utilitas nicht gewähren.

Bei nicht trennbaren Verwendungen versagt in diesen beiden Fällen das Recht dem Verwender jede Hilfe, da der Eigentümer nicht gezwungen werden kann, rebus suis carere.

Doch auch diese ganze Regelung wird wieder geändert und sowohl bei trennbaren, wie bei nicht trennbaren Verwendungen ein Ersatzanspruch gegeben,

1. wenn der Eigentümer die Sache venalis[1]) hat, d. h. sie ist eine Handelsware, oder er hat sonst die Absicht, sie zu verkaufen. In diesem Falle wird durch die Verwendung der Kaufwert erhöht, und dadurch für den Eigentümer tatsächlich eine Bereicherung gegeben. Die Höhe dieser

---

[1]) l 29 D. 6, 1.

Bereicherung muß für die Verwendungen ersetzt werden, soweit sie nicht die tatsächlichen Auslagen übersteigt.

2. wenn der Verwender im Zweifel über sein Eigentum den mutmaßlichen Eigentümer von der Absicht benachrichtigte, Verwendungen vorzunehmen. Genehmigte der Eigentümer die Verwendungen, schwieg er oder gab er an, die Sache gehöre ihm nicht, so war er später zu dem Ersatz verpflichtet[1]).

3. wenn der Eigentümer nachweislich dieselben Verwendungen auf die Sache machen wollte. In diesem Fall ist er dadurch, daß er eine Ausgabe sparte, tatsächlich um die Höhe der Verwendungen bereichert worden. Billiger Weise ist er nunmehr auch zum Ersatz verpflichtet[2]).

C. Wir gehen zu den Verwendungen über, die der malae fidei possessor auf die Sache gemacht hat, und erörtern zunächst den Fall der trennbaren Verwendungen.

Im allgemeinen wird in den Quellen und auch von der gemeinrechtlichen Wissenschaft der Grundsatz durchgeführt, daß dem malae fidei possessor jeglicher Ersatz für seine Verwendungen abzusprechen ist. Das erscheint äußerst hart und widerspricht dem Rechtsgefühl, da die Bereicherung auch zum Schaden des bösgläubigen Besitzers nicht gebilligt werden kann. Diesem Gefühl hat auch die Wissenschaft Rechnung getragen, und so wird die in der Versagung jeglichen Ersatzes liegende Härte durch Gewährung des jus tollendi von der herrschenden Meinung gemildert.

Dieser Ansicht steht aber in den meisten Quellen eine andere Auffassung gegenüber, die im besonderen Gaius[3]) vertritt. Sie will streng dem allgemeinen Grundsatz zufolge auch das jus tollendi dem malae fidei possessor absprechen und deduciert, sua voluntate omisisse proprietatem materiae. Dasjenige aber, was er freiwillig verloren habe, könne er nicht zurückfordern. Demgegenüber überwiegt jedoch die mildere

[1]) l 30 D. 6, 1.

[2]) Vgl. zu den Ausnahmen sub. 1—3, die nähere Quellenangabe bei Schmidt, Verwendungsanspruch S. 35.

[3]) l 7 § 12 D 41, 1 i. f. Vgl. auch den § 30 I 2, 1.

Ansicht in den Quellen, die wir sowohl in den Digesten[1]), wie im Codex[2]) vertreten finden, und die auch gemeinrechtlich die herrschende geworden ist[3]).

In den Fällen, in denen der bonae fidei possessor auch unter den ungünstigsten Umständen einen Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen hat, nämlich:

1. der Eigentümer hat die Sache venalis;

2. er hätte die Verwendungen nachweislich selbst gemacht — wird dem malae fidei possessor auch nur das jus tollendi zugestanden.

Das ist wohl als eine Folge des in den Quellen durchgeführten Grundsatzes zu betrachten, daß der malae fidei possessor gegenüber dem bonae fidei possessor ungünstiger zu stellen, daß ihm ferner prinzipiell ein Ersatzanspruch nicht zuzubilligen ist. Allerdings wird in den beiden Fällen praktisch das jus tollendi nicht zur Ausübung kommen. Denn das Interesse des Eigentümers ist daran beteiligt, daß die Verwendungen bleiben, und er wird das jus tollendi durch den Ersatz des Wertes, den die Verwendungen nach ihrer Trennung haben würden, abwenden. Auch der malae fidei possessor wird deshalb meist praktisch einen Ersatz erhalten. Aber einesteils hat er keinen Rechtsanspruch auf Ersatz, sondern nur das jus tollendi, andernteils wird die Höhe des Ersatzes meist niedriger bemessen sein, als in gleichem Falle beim bonae fidei possessor. Die Verwendungen repräsentieren in der großen Mehrzahl der Fälle — und sicherlich wohl dann, wenn der Eigentümer den Ersatz dem jus tollendi vorzieht — nach ihrer Trennung einen geringeren Wert. Die Stellung des malae fidei possessor erscheint also in jedem Falle gegenüber der des bonae fidei possessor benachteiligt.

Nicht erwähnt wird in den Quellen der Fall, daß der malae fidei possessor Anzeige von der Absicht der Vornahme

---

[1]) l 37 D 6, 1.

[2]) const. 5 C 3, 32.

[3]) Vgl. die eingehendere Darstellung dieser Quellenstellen bei Sachs, S. 77 ff.

von Verwendungen macht, und der Eigentümer zustimmt, bezw. schweigt oder erklärt, die Sache gehöre ihm nicht. Ein bonus judex wird aber unter diesen Umständen auch dem malae fidei possessor den Ersatzanspruch nicht gut verweigern können. Denn durch Genehmigung der Verwendungen, ebenso wie durch das rechtlich gleichwertige dolose Schweigen des Eigentümers wird ein Anspruch des Verwenders wohl begründet. Wenn aber der Eigentümer wissentlich über sein Verhältnis zu der Sache falsche Angaben macht, so wird durch diese culpa die mala fides des Verwenders compensiert, so daß ein Ersatzanspruch wie bei dem bonae fidei possessor gegeben scheint.

D. Kurz haben wir nun noch den Fall zu besprechen, daß ein malae fidei possessor nicht trennbare Verwendungen macht.

Nach den vorhergehenden Ausführungen ist ein Ersatzanspruch ausgeschlossen, und das jus tollendi ist den Umständen nach naturgemäß unmöglich. So sprechen denn die Quellen übereinstimmend in diesem Falle dem malae fidei possessor jeden Ersatz ab.

Früher vertrat Sell [1]) die Ansicht, daß dem malae fidei possessor Ersatz bis zur Höhe der Bereicherung des Eigentümers geleistet werden müsse. Er versuchte seine Ansicht durch den Hinweis auf die l 38 D. 5, 3 und durch den Grundsatz zu beweisen, daß niemand sich zum Schaden eines andern bereichern soll. Aber auch Sell hat später [2]) seine Ansicht geändert und sich der herrschenden Meinung angeschlossen. Er versucht allerdings trotzdem, diesen Fall unter den Bereicherungssatz zu bringen, indem er ausführt: „Der Vorteil, welchen der Vindikant zieht, ist nicht aus einem von den Gesetzen anerkannten Nachteil des verwendenden malae fidei possessor hervorgegangen.“ [3])

Wir müssen dieser Deduktion Sells widersprechen. Der

[1]) Sell, Vers. I S. 58 ff.
[2]) Sell, Jahrb. S. 319 ff.
[3]) Sell, Jahrb. S. 324.

Grundsatz, daß sich niemand mit dem Schaden eines andern bereichern soll, zeigt nirgends die Voraussetzung, daß das Gesetz diesen Schaden nicht anerkennen dürfe. Er verwirft die Bereicherung des einen zum Schaden eines anderen immer, mag der Nachteil entstanden sein, wie er will. Der Standpunkt Sells ist nur dadurch erklärlich, daß er innerhalb der Lehre von den Verwendungen dem Bereicherungssatz immer Anerkennung und rechtliche Geltung verschaffen will. Deshalb versucht er auch für diesen Fall eine Übereinstimmung der rechtlichen Gestaltung mit dem Bereicherungssatze herzustellen. Wir stehen mit der herrschenden Meinung auf dem Standpunkt, daß der Grundsatz: Die Bereicherung des einen zum Schaden des andern ist auszuschließen — nicht als ein Rechtssatz zu betrachten ist, und haben deshalb auch keinen Grund, dem Sinne des Satzes im Einzelfall Gewalt anzutun. Die Entscheidung ist in diesem Fall mit dem Bereicherungssatz nicht in Einklang zu bringen.

§ 11.

Ansprüche auf Ersatz der impensae voluptuariae.

Die Quellen und die gemeinrechtliche Wissenschaft geben dem bonae fidei possessor für impensae voluptuariae, die sich von der Hauptsache trennen lassen, das jus tollendi. Ein Ersatzanspruch wird nicht gewährt, denn es würde nicht der Billigkeit entsprechen, wenn man den Eigentümer zwingen wollte, für Verwendungen Ausgaben zu machen, die für ihn vielleicht wertlos sind. Ihm würde dadurch ohne sein Verschulden und ohne rechtliche Begründung ein auch mit der Billigkeit unvereinbarer Schade zugefügt. Die Rechtsordnung könnte ihn zwingen, unter Umständen eine sich als Geschmacksverirrung darstellende Liebhaberei des Verwenders zu vergüten.

Auch dem malae fidei possessor wird für Verwendungen, die sich von der Hauptsache trennen lassen, seitens der herrschenden Meinung das jus tollendi zugesprochen.[1])

[1]) Dernburg. Pand. S. 541. Mackeldey S. 76. Sell, Jahrb. S. 341 ff.

Zur Begründung werden 2 Quellenstellen angeführt, die const. 5 C 3, 32 in Verbindung mit der l 39 § 1 D 5, 3.

In der Constitutio wird reskribiert, daß auf die Verwendungen des bösgläubigen Besitzers keine Rücksicht zu nehmen sei, es sei denn, daß es sich um notwendige handele. Bei nützlichen sei das jus tollendi zu geben. Die impensae voluptuariae sind nicht erwähnt. Es erscheint deshalb nicht gerechtfertigt, diese Stelle als Beleg für die Ansicht anzuführen, daß dem malae fidei possessor bei impensae voluptuariae jus tollendi zuzusprechen sei. Wenn ein Recht nicht direkt verboten ist, so ist damit doch noch nicht gesagt, daß es nun erlaubt und gegeben sei.[1])

Anders steht es wohl bezüglich der vorher zitierten l 39 § 1 D 5, 3. In dieser Stelle — einer Ansicht des Gaius — wird ohne Zweifel dem malae fidei possessor für impensae voluptuariae das jus tollendi gegeben. Aber wir scheuen uns, auch diese Stelle als stichhaltigen Beleg gelten zu lassen. Es handelt sich hier um die hereditatis petitio und eine analoge Anwendung auf die Fälle der rei vindicatio, gegen die im allgemeinen nichts einzuwenden wäre, wird hier doch bekämpft werden müssen. Es ist nämlich sehr ungeeignet gerade die Meinung des Gaius für unseren Fall in Anspruch zu nehmen. Gaius ist derjenige gewesen, der dem malae fidei sogar bei impensae utiles das jus tollendi nicht zugestehen wollte,[2]) und er wird sicherlich nicht den malae fidei possessor bei impensae voluptuariae besser stellen wollen als bei impensae utiles. Seine Meinung geht vielmehr dahin, daß der malae fidei possessor nur bei impensae necessariae eine Erstattung seiner Impensen zu beanspruchen hat. Gaius wird in der angeführten Stelle nur eine allein für die hereditatis petitio geltende Regel gegeben haben, deren analoge Anwendung auf die rei vindicatio unrichtig erscheint.

---

[1]) Auch Sachs S. 79 nennt es „sehr auffällig", daß in den const. 5 C 3, 32 von den imp. vol. ganz geschwiegen wird.

[2]) cfr. S. 42 unserer Abhandlung.

Trotzdem aber unserer Meinung nach die Quellen einen Anhaltspunkt nicht geben, werden wir uns doch der übereinstimmenden Ansicht der gemeinrechtlichen Wissenschaft anschließen. Zunächst halten wir diese Ansicht für die billigere und gerechtere, als wenn der malae fidei possessor ganz leer ausginge, denn benachteiligt ist er bereits dadurch, daß er nur abtrennen kann, einen Ersatzanspruch aber nicht hat. Ferner erscheint es nicht ungerechtfertigt, daß der Eigentümer aus der mala fides des Verwenders allzusehr Kapital schlägt; auch die ungerechtfertigte Bereicherung zum Nachteil des malae fidei possessor wird das Recht nach Möglichkeit ausschließen. Allerdings stellt unsere Entscheidung in diesem Falle den malae fidei possessor dem bonae fidei possessor gleich. Wir werden deshalb die Entscheidung auch nur eine bedingt glückliche nennen können, aber immerhin die glücklichste, die unter den gegebenen Umständen zu finden ist.[1])

Wenn untrennbare impensae voluptuariae gemacht sind, so ist das jus tollendi naturgemäß ausgeschlossen, und in der Regel wird für den bonae fidei possessor ebenso wenig Hilfe gegeben sein wie für den malae fidei possessor.

Eine andere Entscheidung wird wieder in den besonderen Fällen zu treffen sein, die wir auch schon gelegentlich der Besprechung der impensae utiles als Ausnahmen behandelt haben.

1. Der Eigentümer hat die Sache venalis. Wenn in diesem Fall durch die impensa voluptuaria die Sache einen höheren Kaufwert darstellt, wird die impensa voluptuaria auch einen anderen Inhalt erhalten. Zu dem rein subjektiven Moment der voluptas des Verwenders tritt allsdann das objektive Moment der Werterhöhung, die utilitas. Die impensa voluptuaria wird wirtschaftlich eine utilis, und dieser Umstand rechtfertigt

---

[1]) Auch für Sachs S. 29 sind die beiden Quellenstellen nicht überzeugend. Er meint, daß es „eine immerhin ziemlich gewagte Hypothese ist, wenn die herrschende Meinung auch hier — bei den imp. volupt. — dem unredlichen Besitzer das jus tollendi einräumt".

es, daß dem bonae fidei possessor ein Ersatzanspruch gegeben wird.

2. Der Eigentümer hat nachweislich die Verwendungen selbst machen wollen. Auch hier tritt zu dem subjektiven Moment das objektive der Werterhöhung, da ja für den Eigentümer die Sache tatsächlich um die ordnungsmäßigen Kosten der Verwendungen wertvoller geworden ist. Aus diesem Grunde wird uns auch hier der Ersatzanspruch des bonae fidei possessor gerechtfertigt erscheinen.

3. Der Eigentümer hat die Verwendungen genehmigt, bezw. auf die Nachricht arglistig geschwiegen oder gesagt, daß ihm die Sache nicht gehöre. Auch in diesem Fall wird dem bonae fidei possessor ein Ersatzanspruch zuzubilligen sein, wie auch die gemeinrechtliche Wissenschaft unter Hinweis auf die l 30 D 6,1 entscheidet.

Der malae fidei possessor ist in den drei Fällen schlechter zu stellen. Analog der Entscheidung bei den impensae utiles wird ihm lediglich bei trennbaren Verwendungen das jus tollendi zugesprochen, während der bonae fidei bei trennbaren und nicht trennbaren Verwendungen Ersatzanspruch hat.

II. Übersicht über die Lehre von den Verwendungen nach dem Allgemeinen Landrecht, dem Code civil, dem sächsischen und österreichischen B. G. B.*)

§ 12.

Begriffsbestimmung.

Die vorhergehenden Ausführungen haben uns eine Darstellung der Lehre von den Verwendungen auf der Grundlage des

*) Die folgende Darstellung des II. Teiles soll lediglich zur Vorbereitung und Vergleichung für die im Teil III folgende eingehendere Besprechung der Bestimmungen des B. G. B. dienen. Wir haben

römischen und gemeinen Rechtes gegeben. Wir gehen dazu über, die bezüglichen Bestimmungen des A. L. R., des C. c., des sächsischen und österreichischen B. G. B. zu betrachten, um das gesetzgeberische Material, das den Kommissionen zur Ausarbeitung des B. G. B. vorlag, zu vervollständigen.[1]) Betrachten wir zunächst den Verwendungsbegriff, so sehen wir, daß die einzelnen Gesetzbücher mit Ausnahme des sächsischen auf den Versuch einer Definition verzichten.

Das A. L. R. gebraucht die Ausdrücke „Verbesserungen“[2]), „Meliorationskosten“[3]), „Veränderungen“[4]), „Kosten“[5]), „Ausgaben“[6]), „Veranstaltungen“[7]). Diese einzelnen Bezeichnungen geben zum großen Teil schon nicht mehr den Allgemeinbegriff „Verwendung“ wieder, sondern haben eine gewisse Färbung auf die einzelnen Arten der Verwendungen. Allein die Ausdrücke „Kosten“ und „Ausgaben“ erscheinen ohne eine solche Färbung. Bei den anderen ergiebt auch schon die Stellung innerhalb des Systems die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe.

---

uns deshalb auf eine kurze Angabe der hauptsächlichsten Gesichtspunkte beschränkt, ohne im einzelnen irgendwie den Stoff zu erschöpfen.

[1]) Wir sind zur Auswahl gerade dieser Landrechte einerseits aus der Erwägung gekommen, daß die Motive zum B. G. B. in der Hauptsache auf sie zurückgreifen, andererseits deshalb, weil sie innerhalb des Reichsgebiets neben dem gemeinen Recht das geltende Recht ausmachen. Der Anlage I zur Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. entnehmen wir, daß von den rund 50 Millionen etwa $6\frac{1}{2}$ Millionen ($33\,\%$) unter gemeinem Rechte, etwa $21\frac{1}{2}$ Millionen ($43\,\%$) unter A. L. R., etwa $3\frac{1}{2}$ Millionen ($7\,\%$) unter sächsischem B. G. B., etwa $8\frac{1}{2}$ Millionen ($17\,\%$) unter dem C. c. und Badischem Landrecht standen. Ein unbedeutender Prozentsatz unterstand dem dänischen und österreichischen Rechte.

[2]) I, 7 § 204. 206. 207. 238. Ferner I, 20 § 639—641 als Gegensatz zu dem vom A. L. R. gebrauchten Ausdruck „Verschlimmerung“.

[3]) I, 7 § 206. 209.

[4]) I, 7 § 210.

[5]) I, 7 § 204. 215. 230 ff.

[6]) I, 7 § 212. 213.

[7]) I, 7 § 217.

Im gemeinen Recht hatten wir ebenfalls bezüglich der Wortbestimmung eine Uneinigkeit und gewisse Unklarheit feststellen müssen. Aufgabe einer Codifikation hätte es sein sollen, denselben Fehler zu meiden, und eine Einheitlichkeit des Ausdrucks herzustellen.

Aber auch der C. c. hat keine Klarheit über den Begriff geschaffen. Er wählt die Ausdrücke „plantations, constructions et ouvrages“ [1]), „impenses“ [2]), „dépenses“ [3]), „réparations“ [4]), „améliorations“ [5]). Die erste Bezeichnung „plantations, constructions et ouvrages“ erklärt sich aus der Stelle im C. c., in der die Verwendungen des Besitzers geregelt werden, nämlich unter „Zuwachsrechten in Beziehung auf unbewegliche Sachen.“ (C. c. Chapitre II. Section I, Du droit d'accession relativement aux choses immobilières). Von den Verwendungen an selbständigen beweglichen Sachen wird ein größerer Teil unter den Abschnitt „Zuwachsrechte an beweglichen Sachen“ (C. c. Chapitre II. Section II.), im besonderen unter die ganz allgemeinen Bestimmungen des Art. 565 fallen. Dieser Art. enthält die ganz dem römischen Recht entnommene Bestimmung, daß „le droit d'accession . . . est entièrement subordonné aux principes de l' équité naturelle“, und im besonderen auch im Abs. 2. die Regel, daß die Einzelbestimmungen dem Richter nur zum Muster dienen sollen, um in den nicht besonders vorgesehenen Fällen, suivant les circonstances particulières zu entscheiden. [6]).

Von den in den anderen Artikeln des C. c. gewählten Bezeichnungen stimmen die impenses und dépenses mit dem gemeinrechtlich gebrauchten Ausdruck „Kosten“ überein und

---

[1]) Art. 552—555.
[2]) Art. 861. 862.
[3]) Art. 1381. 1635.
[4]) Art. 1634. 1637.
[5]) Art. 1634.
[6]) Art. 565 Abs. 2: „Les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières.

bedeuten die Ausgaben, die für die Verwendung gemacht sind, erst in übertragenem Sinne die Verwendungen selbst. Die „réparations" und „améliorations" weisen auf das A. L. R. hin und haben wie dort einen auf die Dreiteilung der Impensen deutenden Sinn.

Eine Definition für den Begriff „Verwendung" gibt der C. c. nicht. Es scheint aber, als sei der Begriff gegenüber dem gemeinen Rechte eingeschränkt. Denn der Art. 555 gewährt nur für den Fall Hilfe, in dem durch die tatsächliche Verbindung mit einer unbeweglichen Sache das Eigentum des Verwenders untergeht und ihm damit jeder andere Anspruch verloren geht.[1]) Das sächsische B. G. B. hat den Ausdruck „Verwendung" gewählt[2]) und behält ihn anerkennenswerter Weise auch ohne Ausnahme bei. Ferner ist es auch das einzigste Gesetzbuch, das dem Mangel einer Definition entgegenzutreten sucht. Der erste Satz des § 77 B. G. B. lautet: „Unter Verwendungen werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch eine Sache veranlaßten Ausgaben begriffen."

Es ist nicht zu verkennen, daß gegenüber dem durch die Wissenschaft gewonnenen Resultate diese Begriffsfeststellung keinen Vorteil bedeutet. Die gemeinrechtliche Jurisprudenz hatte in einer für die Praxis ausreichenden Weise Klarheit über den Begriff „Verwendung" geschaffen, und diese Tatsache konnte durch die im sächsischen B. G. B. gewählte Form wohl angedeutet, aber nicht wieder gegeben werden. Der Versuch beweißt wiederum, daß eben eine kurze Definition in zugleich brauchbarer und umfassender Form nicht gegeben werden kann.

Aber das hat auch wohl der Gesetzgeber gewußt und nicht mehr gewollt als eine fühlbare Lücke im Gesetze ausfüllen, so gut das eben geschehen konnte. Auch in anderen

---

[1]) Ähnlich die Begriffsbestimmung des B. G. B. vgl. S. 76 unserer Abhandlung.

[2]) §§ 77. 312—318.

Fällen wird man unter Umständen die Unmöglichkeit einer brauchbaren Begriffsbestimmung für Zwecke eines Gesetzbuchs einsehen müssen und dennoch das kleinere Übel wählen, nämlich die Definition so kurz und präzise wie möglich geben. Man wird das aus dem richtigen Empfinden heraus tun, daß die Definition zur Vollständigkeit und größeren Klarheit, zur leichteren Verständlichkeit des Systems nötig ist. Auch das sächsische Gesetzbuch wird im großen und ganzen der Wissenschaft die Fixierung des Verwendungsbegriffes schuldig bleiben, aber es hat durch den Versuch einer Definition, die eben wie manche andere für Zwecke eines Gesetzbuches nicht ausreichend zu geben ist, die Lehre von den Verwendungen klarer und vollständiger darzustellen verstanden.

Das österreichische B. G. B. läßt wiederum die Definition der „Verwendung" vermissen. Im übrigen ist es aber auch hier anerkennenswert, daß unterschiedslos als Bezeichnung „Aufwand" gewählt [1]) und somit im Ausdruck eine Einigkeit gegeben ist, die Unklarheiten nach Möglichkeit vermeidet.

§ 13.

Einteilung in die verschiedenen Arten der Verwendungen.

Das A. L. R. kennt die Dreiteilung der Impensen im gemeinrechtlichen Sinne. Im § 212 I. Tit. 7. bezeichnet es die gemeinrechtlichen impensae necessariae als „Ausgaben, welche zur Erhaltung der Substanz notwendig waren und mit dem Besitze der Sache in unzertrennlicher Verbindung standen", im § 216 kurz als „Erhaltungskosten."

Aus den §§ 204 und 205 desselben Titels ist eine Definition für die impensae utiles zu entnehmen. Danach sind impensae utiles „Verbesserungen, die einen verhältnismäßigen Nutzen gewähren oder nach dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge in der Folge mit Sicherheit einen Nutzen erwarten lassen." Die impensae voluptuariae werden

[1]) §§ 331 ff. § 403 u. s. w.

im § 210 bezeichnet als „Veränderungen, die keinen eigentlichen Nutzen, sondern nur ein Vergnügen gewähren, welches den Kaufwert nicht erhöht."

Im allgemeinen ist die Bestimmung der drei Arten der Impensen derjenigen des gemeinen Rechtes analog. Ein Fortschritt gegenüber dem gemeinen Rechte bedeutet aber die Begriffsbestimmung des A. L. R. nicht. Wenn auch die gemeinrechtliche Wissenschaft Ende des 18. Jahrhunderts die Abgrenzungen der einzelnen Arten der Impensen noch nicht so klar und sicher vollzogen hatte, als es im 19. Jahrhundert geschehen ist, so hätte doch schon die Kenntnis des römischen Rechts eine genügende Grundlage geboten, um klare und feststehende Begriffe zu schaffen. Die langatmigen und unsicheren Erklärungen des A. L. R. lassen den Versuch dazu nicht erkennen.

Der C. c. hat in dem anerkannt mißglückten[1]) Art. 555 es nicht für gut befunden, eine Teilung in gemeinrechtlichem Sinne vorzunehmen. Daß ihm aber die Teilung bekannt ist, zeigen die Art. 861 ff.[2]), Art. 1381[3]), Art. 1634 und 1635[4]) und Art. 1673[5]). Ebenso wie beim A. L. R. wird die Bestimmung der einzelnen Arten dann gewissermaßen nebensächlich gelegentlich der gesetzlichen Bestimmungen über den Ersatz gegeben.

Der Art. 1381 spricht von „dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose" und versteht darunter die impensae necessariae des gemeinen Rechts, der Art. 862 ist klarer, indem er in gleicher Bestimmung das irreführende „et utiles" fortläßt[5]). Der Art.

[1]) Zachariae-Crome, I. S. 572 Anm. 5.

[2]) Unter dem Titel Des successions.

[3]) Unter dem Titel Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

[4]) Unter dem Titel De la vente.

[5]) Dieser Art. 862 gibt auch insofern die beste Begriffsbestimmung, als er noch hinzufügt: „encore qu'elles n'aient point amélioré le fonds." Bei impensae necessariae also auch nach französischem Recht nicht notwendig eine Werterhöhung der Sache!

1634 nennt die notwendigen Verwendungen réparations, der Art. 1673 réparations nécessaires. Die impensae voluptuariae werden nur in dem Art. 1635 benannt und zwar als „dépenses voluptuaires ou d'agrément."

Noch mehr als beim A. L. R. beweist die Aufzählung dieser verschieden lautenden und doch stets inhaltlich gleichartigen Bezeichnungen der einzelnen Impensen, wie praktisch es gewesen wäre, in einem besonderen Artikel eine Definition zu geben und sich dann mit einer kurzen Bezeichnung — vielleicht der gemeinrechtlich nachgebildeten „impenses nécessaires, utiles, voluptuaires — zu behelfen. Im besondern an Klarheit der Darstellung und leichter Faßlichkeit hätte dadurch das Gesetzbuch wesentlich gewonnen.

Diesen Standpunkt nimmt auch das sächsische Gesetzbuch ein, dessen Bestimmungen wieder in der Anlehnung an das gemeine Recht die beste Lösung bieten. Im Anschluß an die Definition des Verwendungsbegriffes wird uns auch die Definition für die nützlichen und notwendigen Verwendungen gegeben.[1]) Notwendig sind die Verwendungen, „wenn sie den Untergang oder den Verlust der Sache abwenden", nützlich, „wenn sie die Sache in Ansehung der davon zu ziehenden Früchte und des Gebrauchs verbessern". Diese Definition der impensae utiles scheint bereits die Anschauung anzudeuten, die Petrazycki später in seiner „Lehre vom Einkommen" ausbaute. Denn auch hier wird die utilitas durch die Steigerung der Produktion und Verbesserung der Gebrauchsfähigkeit begründet, erst in zweiter Linie durch die Werterhöhung.

Auf eine Definition der impensae voluptuariae wird verständiger Weise aus den auch schon im gemeinrechtlichen Teil gewürdigten Erwägungen verzichtet. Man erkannte die Unmöglichkeit einer kurzen und umfassenden Bestimmung für diese Art der Verwendungen an. Als vollkommen ausreichende Erklärung erscheint der letzte Satz des § 77: „Andere Verwendungen sind willkürliche, gleichviel ob dadurch der Wert der Sache erhöht wird oder nicht.

[1]) B. G B. § 77.

Das österreichische B. G. B. bezeichnet die impensae necessariae als „zur fortwährenden Erhaltung der Substanz notwendigen Aufwand", die impensae utiles als „einen zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen nützlichen Aufwand"[1]) und die impensae voluptuariae als „Aufwand, der nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist."[2]) Auch diese Definitionen schließen sich im wesentlichen dem gemeinen Rechte an, doch erscheint im Hinblick auf unsere gemeinrechtlichen Betrachtungen die Wahl der Begriffsbestimmungen nicht sonderlich glücklich.

§ 14.

Ansprüche aus den Verwendungen und jus tollendi.

Im allgemeinen beruht auch in den Kodifikationen das Wesen des Verwendungsanspruches auf dem Prinzip, daß die Bereicherung des Eigentümers zum Schaden des Besitzers vermieden werden müsse.[3])

Ebenso erscheint der Begriff des jus tollendi im A. L. R. und sächsischen B. G. B. gegenüber dem gemeinen Rechte im wesentlichen unverändert. Wir finden es als ein Recht des Besitzers,[4]) das auf den gleichen Voraussetzungen wie im gemeinen Rechte beruht.

Eine besondere Erwähnung erfordert aber das französische Recht. Der Art. 555 sagt in seinem Abs. 1, daß „le propriétair du fonds a droit, . . . d'obliger le tiers à les — die Verwendungen — enlever". Das jus tollendi stellt sich demnach als das Recht des Eigentümers dar. Er hat die Befugnis den Besitzer zur Wegnahme zu nötigen, falls er es nicht vorzieht, die Verwendungen zu behalten. Das Wesen des jus tollendi erscheint also gegenüber dem ge-

---

[1]) § 331.

[2]) § 332.

[3]) cfr. Förster-Eccius III, S. 123. Ferner über das französische Recht Johow. S. 922.

[4]) cfr. A. L. R. I, 7 § 210.

meinen Rechte vollständig verändert. Hier stellt es sich als eine Vergünstigung des Eigentümers, dort als eine dem Besitzer gewährte billige Entschädigung dar, hier als ein Recht des Eigentümers, dort als ein Recht des Besitzers. Daraus würden wichtige Konsequenzen für die Praxis entstehen, wenn das französische Recht die Anwendbarkeit des jus tollendi nicht in großem Umfange eingeschränkt hätte. Der Eigentümer hat nämlich nur dem bösgläubigen Dritten gegenüber das Recht, ihn zur Wegnahme zu nötigen, „un tiers évincé qui n'aurait pas été condamné à la restitution des fruits, attendu sa bonne foi" hat stets Anspruch auf Ersatz, und dieser letztere Fall wird in der Praxis der häufigere sein.[1])

Der Art. 555 versagt auch für den Fall, wo der Eigentümer weder verlangt, daß die Verwendungen fortgenommen werden, noch sich bereit erklärt, gegen Vergütung die Verwendungen zu übernehmen. Billigerweise wird dem Besitzer unter diesen Umständen das jus tollendi zuzusprechen sein, sofern für ihn ein Interesse an der Wegnahme vorhanden ist. Man muß den Art. 555 auf das extensivste interpretieren, um zu einem derartigen Resultat zu kommen. Aber auch die französische Praxis und Wissenschaft hat sich dazu bekannt, weil man für diesen Fall Abhilfe schaffen mußte und bei fortschreitender Ausbildung der Impensenlehre einsah, daß das gemeinrechtliche jus tollendi mehr billig und praktisch anwendbar war als das französischrechtliche. Es werden auch durch diese Interpretation des Art. 555 die praktischen Resultate über die Erstattung der Verwendungen des malae fidei possessor den Bestimmungen des gemeinen Rechts sehr nahe gebracht.

Im übrigen hat das französische Recht noch in einer Sonderbestimmung das jus tollendi dem Nießbraucher gestattet, der zwar für Verbesserungen keine Ersatzansprüche machen kann, aber „Spiegel, Gemälde und andere Verzierungen, die er etwa hat anbringen lassen, wegzunehmen berechtigt ist,

[1]) cfr. dagegen Stabel S. 145.

jedoch unter der Verpflichtung, die Stellen, wo solche befindlich waren, in ihren vorigen Zustand wiederherzustellen."[1]) In dieser Bestimmung stellt sich das jus tollendi wieder ganz als das Recht des Besitzers dar, wie es das gemeine Recht zeigte. Aber trotz aller Sonderbestimmungen, die in der großen Mehrzahl der praktischen Fälle die Regel des jus tollendi wieder auf die Grundlagen des gemeinen Rechtes zurückführen, darf doch nicht verkannt werden, daß primo loco das Wesen des jus tollendi französisch-rechtlich ein anderes ist.

Ähnlich dem französischen hat auch das österreichische Recht das jus tollendi ein Mal als ein Recht des Eigentümers, das andere Mal als ein Recht des Besitzers charakterisiert. Der redliche Besitzer hat nach § 332 die „Wahl alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann". Der Eigentümer kann aber auch nach § 1038 verlangen, „daß der unredliche Besitzer die Sache in den vorigen Stand zurückversetzt", oder, wenn das nicht möglich ist, Genugtuung leistet. Was im französischen Recht nur angedeutet schien, wird hier deutlich zum Ausdruck gebracht, nämlich, daß sich das jus tollendi, sofern es als ein Recht des Eigentümers auftritt, als eine Erleichterung der Schadensersatzklage charakterisiert. Es ist wohl anzunehmen, daß das österreichische Gesetzbuch seine Bestimmung dem C. c. entlehnt hat.

Bezüglich der Voraussetzungen des jus tollendi tritt ein Unterschied mit dem gemeinen Recht nicht in die Erscheinung. Allgemein finden wir in den Codifikationen den Grundsatz berücksichtigt, daß das jus tollendi nicht zur Chikane des Eigentümers Anwendung finden soll, und daß die Sache wieder in den alten Zustand zurückversetzt werden muß. —

Für impensae necessariae ist in den landesrechtlichen

[1]) Art. 599 Abs. 3: „Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état."

Bestimmungen eine Ersatzpflicht allgemein anerkannt. Nach dem A. L. R. muß der Eigentümer die notwendigen Verwendungen, soweit dadurch sein Vorteil gefördert ist", vergüten, Ob die Verwendung an sich noch besteht oder nicht, ist also auch hier wie im gemeinen Recht im allgemeinen[1]) gleichgiltig, wenn sie nur „zur Erhaltung der Substanz notwendig war".

Der Zusatz „soweit dadurch sein Vorteil befördert ist" wird durch den § 215 überflüssig, denn jede zur Erhaltung der Substanz notwendige Verwendung wird auch den Vorteil des Eigentümers fördern, es sei denn die im § 215 besonders aufgeführte Verwendung. Dieser § 215 schließt den Ersatzanspruch des Besitzers aus, wenn die notwendige Verwendung auf die Erhaltung einer einzelnen Sache, die einem Inbegriff von Sachen angehört, oder auf ein Zubehörstück gemacht ist, ohne daß die Einzelsache beziehungsweise das Zubehörstück erhalten bleibt. Gemeinrechtlich findet dieser durch einen besonderen Paragraphen geregelte Fall seine Entscheidung schon aus dem Begriff der Notwendigkeit der Verwendung. Wird die Sache als eine einzelne zu betrachten sein, die nur äußerlich nicht juristisch eine Einheit mit anderen bildet, so ist mit ihrem Untergange auch ein Ersatzanspruch des Besitzers schon deshalb ausgeschlossen, weil ja der Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe nicht mehr erheben kann. Bildet sie aber den wirtschaftlichen Teil eines Ganzen, so ist eine notwendige Verwendung für diesen Teil zugleich eine notwendige Aufwendung für das Ganze. Wenn nun wirklich der Teil zu Grunde geht, bleibt doch die Aufwendung für das Ganze bestehen, die vom Eigentümer ebenfalls hätte gemacht werden müssen und als notwendige ersetzt werden muß.

Dieselbe Entscheidung würde zu treffen sein, wenn einem Zubehörstück eine notwendige Verwendung zugefügt wird. Denn auch in diesem Falle wird der Eigentümer durch die Verwendung tatsächlich bereichert. Es entspricht der Billig-

[1]) vgl. die folgenden Ausführungen zu § 215 und 217.

keit, daß eine notwendige Verwendung stets ersetzt wird, und es ist eine wirtschaftliche Pflicht, daß dies auch dann geschieht, wenn die Verwendung selbst nicht erhalten bleibt. Glücklich erscheint deshalb die im § 215 ausgesprochene Abweichung von gemeinem Rechte aus wirtschaftlichen und Billigkeitsgründen ebensowenig wie sie zur Klarheit beiträgt.

Ferner enthält auch der § 217 eine Ausnahme gegenüber dem gemeinen Rechte. Es scheint aus diesem etwas unklar gefaßten Paragraphen hervorzugehen, daß notwendige Ausgaben, die zur Abwendung künftiger Gefahren gemacht sind, nur dann ersetzt werden, wenn sie noch vorhanden sind. Die Fassung des Paragraphen ist auch deshalb ungeschickt, weil der Ausdruck „nützliche Veranstaltung" zu Mißdeutungen Anlaß geben kann. Er hat nicht den innerhalb der Impensenlehre gebräuchlichen technischen Sinn, sondern ganz allgemeine Bedeutung. Wir können auch dieser Entscheidung des § 217 gegenüber dem gemeinen Rechte nicht den Vorzug geben.

Der § 216 schließt den Ersatz der Erhaltungskosten aus, soweit sie aus den Nutzungen des Jahres, in dem sie vorgefallen sind, haben genommen werden können. Eine billige Bestimmung, die sich dem gemeinen Rechte anschließt, dort aber sich aus prinzipiellen Gründen klarer und einfacher regelt. Schon der Begriff der Verwendung schließt Erhaltungskosten dieser Art aus, so daß das Fortfallen eines Ersatzanspruches sich ohne spezialisierte Bestimmung als notwendige Konsequenz ergibt.

Der C. c. macht in seinem allgemeinen Art. 555 keine Unterschiede zwischen den einzelnen Arten der Verwendungen, in den Sonderbestimmungen finden wir aber durchgehend den Grundsatz der Ersatzpflicht bei notwendigen Verwendungen, wie ihn auch das sächsische B. G. B. enthält.

Das österreichische B. G. B. stellt die Ersatzpflicht für notwendige Verwendungen den für nützliche Verwendungen in den wesentlichsten Punkten gleich. Damit scheidet es bereits bei den notwendigen Verwendungen die Ansprüche des gutgläubigen Besitzers von denen des bösgläubigen und gibt nur

einen Anspruch bis zur Grenze der Werterhöhung der Sache. Es ist also der Grundsatz, den wir bereits in A. L. R. I, 7 § 215 getadelt haben, hier generell zur Anwendung gebracht worden. Wir können das aus den angeführten Gründen nur mißbilligen.

Der unredliche Besitzer wird weiter dem negotiorum gestor gleichgestellt und erscheint damit nach § 1036 für seine mala fides gewissermaßen belohnt. Denn nach der Bestimmung dieses Paragraphen werden die notwendigen Verwendungen auch dann ersetzt, „wenn die Bemühung ohne Verschuldung fruchtlos geblieben ist." Der unredliche Besitzer erhielte demnach unter Umständen einen Ersatzanspruch für notwendige Verwendungen auch dann, wenn eine Wertsteigerung nicht eingetreten ist, wenn also der redliche Besitzer mit seinen Ansprüchen ausfällt. Auf Grund der Bestimmung des § 403 würde er sogar bei Wertsteigerung außer dem Ersatz des Aufwandes „eine verhältnismäßige Belohnung von höchstens 10 von 100 zu fordern haben", so daß er in jedem Falle dem redlichen Besitzer bevorzugt würde. Das erscheint derart gegen jede Logik und Billigkeit, daß die herrschende Meinung der österreichischen Rechtslehrer nur die §§ 1037 ff auf den unredlichen Besitzer angewandt wissen will. Es ist das lediglich eine allerdings notwendige Konzession an die Vernunft, die auch aus rechtlichen, auf den Gesetzestext gestützen Gründen von einzelnen Rechtslehrern bestritten wird.[1]) Redlicher und unredlicher Besitzer werden also nach herrschender Ansicht gleichmäßig behandelt, aber beide ungünstiger als im gemeinen Recht. Aus wirtschaftlichen und Billigkeitsgründen ist die Bestimmung des § 331, soweit sie den Umfang des Ersatzanspruches bei notwendigen Verwendungen regelt, eine ungerechtfertigte Verschlechterung gegenüber dem gemeinen Recht.

Ähnlich dem österreichischen Rechte hat auch der C. c. bezüglich der Höhe des Ersatzanspruches bei notwendigen Ver-

---

[1]) Krainz, Bd. 1. S. 704 Anm. 12.

wendungen eine vom gemeinen Rechte abweichende Meinung. Er bestimmt in dem Art. 555, der allgemeine Bestimmungen für alle Verwendungen, also auch für die notwendigen enthält, daß der Eigentümer die Wahl habe, entweder die Höhe der Verwendungen oder die Wertsteigerung zu ersetzen. Das würde im großen und ganzen der Regelung des österreichischen B. G. B. entsprechen, doch ist dies allgemeine Prinzip zum besten des Gesetzbuchs in den Spezialbestimmungen durchbrochen worden. So sagt z. B. der Art. 862 ausdrücklich, daß die notwendigen Verwendungen vom „donataire" auch dann gefordert werden können, „encore qu'elles n'aient point amelioré le fonds". Überall da aber, wo eine besondere gesetzliche Bestimmung nicht besteht, wird die Bestimmung des Art. 555 zur Anwendung gelangen und damit auch für notwendige Verwendungen eine Beschränkung der Ersatzpflicht gegeben sein. Demgegenüber bringt die französische Rechtswissenschaft und Praxis die Bestimmungen durch besondere Interpretation des Art. 555 dem gemeinen Rechte sehr nahe. Der Art. 555 wird nämlich nur auf die impensae utiles angewendet und den für die Kontraktsverhältnisse gegebenen Sonderbestimmungen entgegengestellt, so daß ganz dem gemeinen Rechte analoge Bestimmungen sich ergeben. Auch für die impensae necessariae nimmt die herrschende Meinung unbeschränkte Ersatzansprüche, d. h. nicht durch Werterhöhung begrenzte Ersatzansprüche an[1]). Aus dem Art. 555 ergibt sich wohl kein Anhalt dafür, daß er nur für die impensae utiles giltig sein soll. Die „plantations, constructions et ouvrages" können sowohl den Sinn der impensae necessariae, wie den der utiles und voluptuariae haben. Auch berechtigt die Stellung im System des C. c. den Art. 555, allgemeine Bestimmungen zu geben, während die gelegentlich herangezogenen Sonderbestimmungen eben nur Spezialfälle regeln. Wenn trotzdem Wissenschaft und Praxis den Art. 555 in seiner Bedeutung derart einschränken, so erkennen sie damit seine Unzuläng-

[1]) Stabel S. 143.

lichkeit an und versuchen zu bessern, soweit das irgend möglich ist. Das kann nur zum Besten der Rechtsprechung sein, aber wir dürfen nicht verkennen, daß der Gesetzestext eine solche Deutung nur gezwungen zuläßt.

Das sächsische B. G. B. § 312 schließt sich wiederum vollständig dem gemeinen Rechte an und gibt die kürzeste, klarste und beste Bestimmung.

Im Anschlusse an diese Bestimmung des § 312 seien kurz noch die in den §§ 313 u. 314 erwähnten Sonderfälle der notwendigen Verwendungen besprochen, die aus allgemeinen Prinzipien gemeinrechtlich dieselbe Entscheidung gefunden hätten. Zuerst sind notwendige Verwendungen auch die auf die Früchte, sofern diese erst nach der Herausgabe der Sache erhoben werden, und dann ist eine notwendige Verwendung unter Umständen der für die Sache gezahlte Preis. Dieser Preis muß ersetzt werden, wenn durch den Erwerb dem Eigentümer die Verfolgung seines Eigentums ermöglicht wurde, oder wenn die Sache in einer öffentlichen Versteigerung, bezw. im Meß- oder Marktverkehr von einer zum Handelsbetriebe damit befugten Person in redlichem Glauben erworben war. Im besonderen auch die genaue Regelung des eventuellen Ersatzes des Kaufpreises ist anzuerkennen, da gemeinrechtlich eine Einigkeit nicht herrschte.[1]) Im Gegensatz hierzu versagt das österreichische B. G. B. in dem ersten Satz des § 333 ausdrücklich einen Ersatz des von dem Besitzer — auch dem redlichen — gezahlten Kaufpreises. In dem zweiten Satz nähert es sich aber wieder dem sächsischen Recht, es wird nämlich auch hier eine „angemessene Vergütung" zugesichert, wenn die Sache sonst für den Eigentümer unwiederbringlich verloren gewesen wäre[2]). —

Für den Ersatz der impensae utiles war auch schon im gemeinen Rechte die Unterscheidung zwischen bonae fidei pos-

[1]) Cfr. Grützmann I, S. 386 sub. III. Schmidt, Sächs. Privatrecht I, 247 sub. V, 1.

[2]) Vgl. über die Stellungnahme des B. G. B. für das deutsche Reich S. 77, Anm. 2.

sessor und malae fidei possessor von besonderer Wichtigkeit. Das ist von den Kodifikationen ebenfalls nicht übersehen worden, und so weichen die Resultate im wesentlichen nicht von einander ab.

Das A. L. R. gibt dem redlichen Besitzer Ersatzanspruch[1]), dem unredlichen nur jus tollendi[2]). Ebenso wie im gemeinen Recht müssen die Nutzungen auch wirklich vorhanden sein oder mit Sicherheit erwartet werden können. Daß der unredliche Besitzer nur das Recht hat, „offenbare" Verbesserungen fortzunehmen, ist eine Einschränkung, die an Klarheit zu wünschen übrig läßt und praktisch kaum von irgendwelchem Nutzen sein dürfte.

Eine Neuerung ist die Sonderbestimmung für den „unrechtfertigen" Besitzer, d. h. für einen Besitzer, „der in Unkenntnis der Gesetze in der Giltigkeit seines Besitzes irrt"[3]). Er hat an und für sich auch nur das jus tollendi, doch wird er dem malae fidei possessor insofern bevorzugt, als er bei Unmöglichkeit des jus tollendi Ersatzanspruch erhält[4]). Interessant ist die Fassung dieses § 239, der wörtlich auf den Bereicherungssatz Bezug nimmt: „Die Kosten der Verbesserung werden so weit ersetzt, als sonst der Eigentümer sich offenbar mit seinem — des Besitzers — Schaden bereichern würde".

Der C. c.[5]) und das sächsische B. G. B.[6]) folgen in den Bestimmungen bezüglich des Ersatzes der impensae utiles ohne Abweichung dem gemeinen Recht, das sächsische B. G. B.

---

[1]) I, 7 § 204.
[2]) I, 7 § 238.
[3]) I, 7 § 14.
[4]) I, 7 § 239.
[5]) Art. 555. Es sei noch besonders darauf hingewiesen, daß dieser Art. 555 tatsächlich eine Unterscheidung zwischen bona und mala fides macht. Die Behauptung von Johow S. 922, das französische Recht mache diese Unterscheidung nicht, die auch in die Motive zum B. G. B. übernommen ist, ist falsch.
[6]) § 316.

schließt sich in besonders klarer Fassung den gemeinrechtlichen Grundsätzen an.

Das österreichische B. G. B. hat dagegen auch die Bestimmungen über den Ersatz der impensae utiles unnötig kompliziert. Der redliche Besitzer wird wie nach gemeinem Rechte Ersatzanspruch haben, der unredliche wird behandelt wie ein negotiorum gestor[1]). In den Bestimmungen der negotiorum gestio ist hier nun aber ein Unterschied gemacht, ob der Verwender den Aufwand zu „des anderen klarem und überwiegendem Vorteil" gemacht hat, oder ob „der überwiegende Vorteil nicht klar" ist. Bei dem redlichen Besitzer genügt also die objektive Nützlichkeit, beim unredlichen Besitzer muß der Vorteil auch in Bezug auf die subjektiven Verhältnisse des Eigentümers vorhanden sein. Es soll wohl durch diese Zweiteilung hauptsächlich vermieden werden, daß der Eigentümer durch den Ersatz zu kostspieliger Verwendungen später zum Verkauf des Eigentums genötigt wird[2]). Wenn der überwiegende Vorteil klar ist, hat der Eigentümer das Recht, auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes oder auf Genugtuung zu klagen. Er hat also das jus tollendi in der französisch-rechtlichen Form, es begünstigt seine Stellung gegenüber der des unredlichen Besitzers.

Bezüglich der impensae voluptuariae schließt sich das A. L. R. ebenso wie das sächsische B. G. B. den Bestimmungen des gemeinen Rechtes an. Auf der anderen Seite haben C. c. und das österreichische B. G. B. besondere Vorschriften aufgestellt. Sie halten auch bei zierenden Verwendungen den Unterschied zwischen bonae fidei und malae fidei

---

[1]) § 1037, 1038.

[2]) Die französische Rechtswissenschaft hat für diesen Fall einen besseren und mehr der Billigkeit entsprechenden Ausweg gefunden. Im Fall der Eigentümer nicht in der Lage ist, die Auslagen des Besitzers zu zahlen, muß sich dieser mit einer Rente begnügen, „die der durch die angelegten Werke verursachten Erhöhung des Ertrages gleichkommt". cfr. Marcadé S. 189, Ziffer 10.

Das sächsische B. G. B. gibt in § 316 Satz 2 bei „unverhältnismäßigen nützlichen Verwendungen" nur jus tollendi.

possessor aufrecht und geben dem redlichen Besitzer Ersatzanspruch, „soweit die Sache an gemeinem Werte wirklich dadurch gewonnen hat“ [1]). Er kann aber auch statt dessen das jus tollendi ausüben. Das österreichische B. G. B. hat diese Bestimmung noch besonders aufgenommen, während der C. c. nur besagt, daß er einen „Zwang zur Wegnahme als für diesen Fall ausgeschlossen“ erachte. Dem unredlichen Besitzer gegenüber hat sowohl nach französischem wie nach österreichischem Gesetzbuche der Eigentümer das Recht, den Verwender auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes, event. auf Entschädigung zu belangen [2]).

§ 15.

Geltendmachung des Ersatzanspruches.

Die Geltendmachung des Ersatzanspruches war nach römischem Recht eine unvollkommene und in der praktischen Ausgestaltung des gemeinen Rechtes bestritten und unsicher. So hätten die Kodifikationen gut daran getan, eine besondere Bestimmung für das Vorhandensein des Klagerechtes aufzunehmen. Leider ist das aber nicht überall geschehen.

So spricht sich das A. L. R. nicht deutlich über die Zulassung einer Klage und ihre rechtliche Charakterisierung aus. Daß eine Klage nach Herausgabe der Sache gegeben wird, ist in der Wissenschaft und Praxis allgemein zugestanden [3]). Auch die Retentionseinrede ist zulässig, wird aber durch A. L. R. I Tit. 20 § 538 auf den bonae fidei possessor

---

[1]) B. G. B. § 332. Dasselbe besagt C. c. Art. 555. Die französische Wissenschaft und Praxis, die den Art. 555 nur auf die impensae utiles beschränkt, will für impensae voluptuariae auch nur das jus tollendi geben und zwar beim malae fidei possessor als ein Recht des Eigentümers, beim bonae fidei possessor als das gemeinrechtliche Recht des Besitzers. cfr. Stabel S. 45 und unsere Ausführungen S. 60, 61.

[2]) Österr. B. G. B. § 1038. C. c. Art. 555.

[3]) Förster-Eccius Bd. III, S. 124. Dernburg, Privatrecht Bd. 1. S. 606.

beschränkt[1]), so daß der unredliche Besitzer nur das Klagerecht geltend machen kann. Das Zurückbehaltungsrecht des A. L. R. ist nicht als dingliches, sondern als ein persönliches Recht aufzufassen[2]). Trotzdem ist auf Grund der §§ 547 ff. nicht zu bezweifeln, daß es auch jedem gegenüber ausgeübt werden kann, der mit dem Besitz der Sache zugleich auch den Vorteil aus der Verwendung überkommen würde[3]). Auch für den Kaufpreis, den der redliche Besitzer zum Erwerb der Sache aufgewendet hat, steht ihm das Zurückbehaltungsrecht zu, doch wird das von anderer Seite bestritten[4]). Das Wegnahmerecht kann auch nach der Herausgabe der Sache ausgeübt werden, sofern nicht bei der Zurückgabe darauf besonders Verzicht geleistet ist[5]).

Der C. c. erkennt das Retentionsrecht dem Besitzer für seine Verwendungsansprüche nicht zu, er erwähnt dieses Recht nur in einer ganz bestimmten Anzahl von Fällen, unter denen sich der unsere nicht findet[6]). Trotzdem ist es streitig, ob nicht wenigstens dem redlichen Besitzer das Zurückbehaltungsrecht einzuräumen sei[7]). Schlegelberger[8]) weist darauf hin, daß nach dem Art. 9 tit 7 der ordonnance civile vom April 1667 ein Zurückbehaltungsrecht für Verwendungen zweifellos gegeben sei. Diese ordonnance sei aber ohne Er-

---

[1]) Schlegelberger S. 70.

[2]) Förster-Eccius, Bd. 1. S. 758.

[3]) Vgl. Schlegelberger S. 70, ferner auch Förster-Eccius Bd. 1. S. 754.

[4]) v. Schlegelberger S. 70 ff.

[5]) Gruchot Bd. 34 S. 1007. Förster-Eccius, Bd. 3 S. 130. Anm. 38.

[6]) cfr. Zachariae-Crome II, 216 Anm. 10. — I, 572 Anm. 3; 613 Anm. 11. dagegen Zachariae-Dreyer I, 568 Anm. 3. — I, 628 letzter Satz. Zachariae-Dreyer führt S. 491 Anm. 7 den Art. 555 unter den Fällen auf, in denen ein Retentionsrecht nicht zulässig ist, dagegen gibt er S. 568 Anm. 3 in demselben Fall das Retentionsrecht.

[7]) Diese Fälle sind eingehend aufgeführt bei Schlegelberger S. 72 und 73.

[8]) S. 74.

satzbestimmung aufgehoben, deshalb müsse nach französischem Recht für die Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht versagt werden. So habe sich auch das preußische Obertribunal (Entsch. vom 21. Nov. 1854; Strieth. Bd. 15 S. 232ff.) entschieden.

Die Mehrzahl entscheidet sich dafür, dem bonae fidei possessor das Recht zu geben, für seine Ansprüche eine Sicherheitsleistung zu verlangen, der unredliche Besitzer hat dies Recht nicht. Diese Unterscheidung zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit ergibt sich nicht aus dem Gesetzestext, sondern erschien nur durch praktische Gesichtspunkte gerechtfertigt. Auch ein Klagerecht wird im C. c. nicht ausdrücklich ausgesprochen, in der Praxis allerdings aber nicht bestritten.

Das sächsische B. G. B. gibt im § 318 sowohl für den Ersatzanspruch, wie für Gestattung des Wegnahmerechts eine besondere Klage und das Zurückbehaltungsrecht[1]). Doch gesteht es in § 769 nur dem redlichen Besitzer das Retentionsrecht zu und auch diesem nur wegen solcher fälligen Gegenansprüche, welche in einem Verhältnis zu derselben Sache ihren Grund haben.

Das österreichische B. G. B. schließt in den §§ 334, 471 die Retention aus. In der Praxis wird aber ähnlich der französischen Rechtsanschauung eine Sicherheitsstellung für die Ansprüche des redlichen Besitzers zugelassen. Auch das Klagerecht wird nicht bestritten, und zwar charakterisiert sich diese Klage auf Grund der §§ 1041, 1042 als eine actio de in rem verso.

---

[1]) cfr. aber die gegenteilige Ansicht Siebenhaars, zitiert bei Grützmann I, S. 193. S. behauptet, dass eine Änderung gegenüber dem gemeinen Rechte nicht gegeben sei. Für unsere Meinung spricht sich Schlegelberger S. 76 aus.

III. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

§ 16.

Darstellung des Rechtsbegriffs „Verwendung".

A. Wahl der Bezeichnungen.

Das B. G. B. handelt über die Lehre von den Verwendungen des Besitzers im Teilentwurf (Sachenrecht) § 185 ff[1]), E I § 936 ff.[2]), im E II § 908 ff.[3]), B. § 979 ff., 252[4]), R. § 978 ff., 251[5]) und im Gesetz § 994 ff., 258.

Wenn wir zunächst auf die Wahl der Bezeichnungen für den Begriff eingehen, so hat der Teilentwurf sich für den Ausdruck „Verwendung" entschieden[6]). Eine Begründung für die Wahl dieses Ausdruckes wird weder in der dem Entwurf des Sachenrechtes zu Grunde liegenden Denkschrift von Johow noch in den Protokollen gegeben. Man hätte wohl auch an andere Ausdrücke, wie „Aufwand", „Aufwendungen", Kosten" usw. denken können, doch war die gewählte Bezeichnung vorzuziehen, weil sie auch gemeinrechtlich und durch die Kodifikationen die gebräuchlichste geworden war.

Interessant ist nun aber der Abs. 2 des § 185: „Der Gegenanspruch geht auf Ersatz von Verwendungen, Befreiung von den für dieselben übernommenen Verbindlichkeiten und Vergütung für Handlungen, für welche der Besitzer sonst bezahlt zu werden pflegt". Es ist auffallend, daß der Begriff „Verwendung" noch durch Anfügung von 2 Spezialfällen ergänzt wird, die gemeinrechtlich dem Begriff bereits unterstanden. Der Begriff scheint demnach dem Teilentwurf zufolge

---

[1]) Mit Teilentwurf bezeichnen wir den sachenrechtlichen Teil des Entwurfes, der der „Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B. G. B.", also der ersten Kommission zur Grundlage diente.

[2]) Entwurf 1.

[3]) Entwurf 2.

[4]) Bundesratsvorlage.

[5]) Reichstagsvorlage.

[6]) cfr. § 185 und S. 4181 Protok. I.

enger zu fassen, als gemeinrechtlich, trotzdem wir allerdings weder bei Johow noch in den Protokollen Aufklärung darüber finden. Vielleicht gehen wir aber auch in der Vermutung nicht fehl, daß der Redaktor des ersten Textes bei dem Fehlen einer Definition den Begriff gewissermaßen illustrieren wollte, um einen Zweifel über den Umfang des Gegenanspruches auszuschließen[1]).

In den Anträgen des § 185 tauchen wieder die aus dem gemeinen Rechte und den Kodifikationen bekannten Ausdrücke „Veränderung", „Verbesserungen", „Aufwand" auf[2]). Doch hat sich der E I § 936 dem Teilentwurf angeschlossen und den Ausdruck „Verwendungen" beibehalten.

Aber schon der E II scheint anderer Meinung zu sein. Er hält einen Wechsel des Ausdruckes für angemessen und spricht im § 908 von den „gewöhnlichen Erhaltungskosten", im § 909 von „Aufwendungen" und im § 910 von „Kosten". Als der umfassende d. h. regelmäßige ist der Ausdruck „Verwendung" beibehalten, die übrigen Bezeichnungen sind von den bezüglichen Antragstellern gewählt und finden in den Protokollen keine Erklärung. Man hat offenbar eine Einheitlichkeit überhaupt nicht angestrebt. Jedenfalls weisen die durch eine besondere Wortbildung gekennzeichneten Verwendungen auch auf eine Sonderart hin, doch damit erscheint die Aufgabe eines einheitlichen Ausdruckes nicht gerechtfertigt.

Die „gewöhnlichen Erhaltungskosten" werden wir als identisch mit den periodisch wiederkehrenden Ausgaben des gemeinen Rechtes betrachten, die wir dort aus dem Verwendungsbegriff ausschieden. Das B. G. B. hat aber die „ge-

---

[1]) Die Kommission strich diesen Abs. 2 des § 185 unter folgender Begründung — Prot I. 4184: „Der Absatz 2 wurde gestrichen, weil auch in dem Abschnitt über die Kondiktionen ähnliche, die konkrete Gestaltung des Ersatzanspruches betreffende Bestimmungen aus der Vorlage gestrichen seien, wie denn auch dergleichen Bestimmungen in den Abschnitten über Geschäftsführung ohne Auftrag und Mandat sich nicht finden".

[2]) Prot. I S. 4182.

wöhnliche Erhaltungskosten" als eine Art der Verwendungen bezeichnet, also begrifflich zu den Verwendungen gerechnet, wie § 908 eine Lücke beweist. Sachlich gehören sie ja auch nach dem B. G. B. nicht zu den Verwendungen, denn sie begründen keine Ersatzpflicht. Hätte das B. G. B. sie ebenfalls begrifflich ausgeschlossen, so wäre gegen den Wechsel des Ausdrucks nichts zu sagen. Da das aber nicht der Fall ist, wäre es wohl konsequenter und klarer gewesen, für den gleichen Begriff auch den gleichen Ausdruck zu wählen.

Dasselbe wird man über die in § 909 erwähnten „Anwendungen" sagen können. Sie gehören begrifflich zu den Verwendungen, während sie gemeinrechtlich, soweit sie nicht ersetzt werden, unter die gewöhnlich wiederkehrenden Ausgaben zu rechnen sind. Die Protokolle[1] meinen, daß der Begriff „Verwendung" an anderen Stellen im Gesetzbuche (§ 450 und 547) in einem engeren Sinne gebraucht werde, als es die Definition angibt, und daß man daher „in dem vorliegenden Falle richtiger von Aufwendungen des Besitzers zu sprechen habe". Über die Bedeutsamkeit der Definitionen der Motive werden wir unten zu handeln haben, sie ist gleich Null. Rücksicht auf diese Definition werden wir jedenfalls nicht zu nehmen haben. Auf der anderen Seite dürfte es sich aber doch nicht empfehlen, gerade in denjenigen Bestimmungen, welche die Lehre von den Verwendungen in ihren allgemeinen Gesichtspunkten regeln, verschiedene Bezeichnungen zu wählen, ohne eine Wesensverschiedenheit angeben zu wollen.

Man hätte über diesen ganzen Begriff sagen können, daß man eine eingewurzelte brauchbare Legaldefinition in das Gesetzbuch aufnahm. Dann wäre der § 909 ebenso unnötig geworden, wie die besondere Bezeichnung „gewöhnliche Erhaltungskosten" des § 908. Soweit nämlich diese Sonderarten der Verwendungen Ersatzansprüche

[1] II. S. 3004.

zu sein, denn sowohl die Begründung geht ohne ein Wort über sie hinweg, wie auch innerhalb der Protokolle keine diesbezüglichen Ausführungen zu finden sind.

Allerdings ist eine Definition auch im E I nicht enthalten. Aber hier wird die Stellungnahme in den Motiven ausdrücklich begründet. Sie weisen darauf hin,[1]) daß zwar das sächsische B. G. B. eine Definition gegeben habe, stehen aber weiter auf dem Standpunkte: „Die Aufnahme derartiger allgemeiner Sätze in das B. G. B. ist jedoch nicht ratsam. Der Begriff der Verwendung ist der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig, und es ist nicht zu besorgen, daß der Mangel einer Legaldefinition zu irrigen Auffassungen derjenigen Vorschriften führen werde, welche mit diesem Begriff operieren."

Nun, diese Ansicht ist maßgebend geworden für das Gesetz, wir finden dort allerdings keine Definition. Aber die Motive selbst halten es später[2]) doch für zweckmäßig, eine Definition zu geben. Wozu das, wenn „die Begriffsbestimmung doch nicht verkannt werden" kann?

Die Definition der Motive lautet: „Unter Verwendungen auf die Sache sind solche Geschäfte zu verstehen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgend einer Weise zu gute kommt." Das sächsische B. G. B. § 77 sagt dagegen: „Unter Verwendung werden der auf eine Sache gemachte Aufwand und die durch eine Sache veranlaßten Kosten begriffen."

Beide Definitionen genügen nicht. Die sächsische ist zu allgemein und wird praktisch vielfach versagen, die der Motive ist im großen und ganzen recht unglücklich zu nennen. Schon für den E I traf sie großenteils nicht zu, für das Gesetz ist sie ganz wertlos geworden.[3])

Schon an dem Ausdruck „Verwendungen auf die Sache"

---

[1]) Mot. Bd. 3. S. 31.

[2]) S. 411.

[3]) cfr. Meisner zu § 994—996 S. 145, der ebenfalls die Definition der Motive „als dem B. G. B. gegenüber nicht mehr zutreffend" verwirft.

wird Anstoß genommen. So meint Weidemann, daß „der Verwendungsbegriff nicht auf Sachen beschränkt ist". Er teilt die Verwendungen ein in solche, die auf eine Sache, auf ein Recht, innerhalb eines Rechtsverhältnisses, zu gunsten einer Persönlichkeit und auf einen Sachen-, Rechts- und Vermögenskomplex gemacht sind. Mag diese Einteilung an und für sich zur Klärung des Begriffes beitragen, so bietet doch auch diese Kasuistik nur einen Beleg dafür, daß eine jede Verwendung in Beziehung zu einer Sache steht.

Auch die Verwendung „zu Gunsten einer Persönlichkeit" ist römisch-rechtlich eine Sach-Verwendung, denn es kommen hier nur Verwendungen auf Sklaven in Betracht. Heute wird an eine Verwendung auf eine Person überhaupt nicht mehr gedacht werden können, stets wird direkt oder indirekt eine jede Verwendung die Wirkung auf eine Sache erstreben. Falsch ist also die Ausdrucksweise der Definition nicht, aber sie kann zu Irrtümern Veranlassung geben. Da es tatsächlich nur Verwendungen auf die Sache gibt, war die Hinzufügung der Worte „auf die Sache" überflüssig, ja sogar störend, da man nun auch Verwendungen vermutet, die nicht auf Sachen gemacht sind.

Auch die Wahl des nächsten Ausdrucks „Geschäfte" muß beanstandet werden.[1]) Man könnte daran denken, daß hier nur Rechtsgeschäfte gemeint sind, wie ja auch gemeinrechtlich Böcking[2]) bereits jede impensa als ein Rechtsgeschäft ansehen wollte. Aber das ist nicht gemeint. Der Ausdruck ist wohl aus der Begründung des Teilentwurfs von Johow entnommen, und hier erscheint es zweifellos, daß der Begriff „Geschäfte" viel weiter zu fassen ist.

Schließlich kann auch die Hervorhebung des „wirtschaftlichen Erfolges" innerhalb der Definition nicht gutgeheißen werden. Wenn auch der wirtschaftliche Erfolg einer Verwen-

[1]) cfr. Leonhard in der Anm. 3 S. zu 175 Eck, Vorträge; auch Dernburg, B. G. B. S. 379: „Verwendungen sind nicht bloß Geschäfte, sondern auch Arbeiten."

[2]) a. a. O. S. 447.

dung in der Regel dem dinglich Berechtigten zu gute kommt, so gibt es unzweifelhaft doch auch Fälle, in denen ein wirtschaftlicher Erfolg überhaupt nicht eintritt. Dernberg[1]) weist sehr richtig auf ein Beispiel hin, wo ein Pferd stirbt, bevor es die bereits gekauften Arzneien erhält. Ist das Pferd hier der Teil einer Wirtschaft, die später herausgegeben werden muß und stellen sich die Ausgaben nicht als gewöhnliche Erhaltungskosten dar, so werden die Kosten für den Tierarzt und die Arzneien als notwendige ersetzt werden müssen, trotzdem sie einen wirtschaftlichen Erfolg nicht herbeigeführt haben.

Wir sehen, an der Definition der Motive ist so gut wie nichts korrekt.[2]) Trotzdem muß ihr Vorhandensein doch wohl für nötig erachtet sein, sonst hätten die Motive sie wohl nicht aufgenommen. Eine brauchbare Definition würde auch für das Gesetz von großem Werte gewesen sein. Zweideutigkeiten hätte man vermeiden, Unklarheiten beseitigen können und gleichzeitig eine Lücke des Gesetzbuches ausgefüllt, die seine Verständlichkeit bezüglich der Lehre der Verwendungen wesentlich beeinträchtigt.

C. Abgrenzung des Begriffes.

Bei der Begriffsbestimmung der „Verwendung" werden wir uns in der Hauptsache auf das beziehen müssen, was wir im gemeinrechtlichen Teile gesagt haben. Nach den Mo-

---

[1]) B. G. B. S. 379.

[2]) Endemann, S. 365 definiert. „Als Verwendung gilt nur, was auf die Sache selbst verwendet ist und damit dem Eigentümer gegenüber als wirtschaftlich wertvolle Leistung erscheint". Ähnlich Dernburg, B. G. B. S. 379: „Verwendungen auf die Sache sind wie im Sinne des römischen Rechts für dieselbe aufgewendete vermögenswerte Leistungen." Beide Definitionen lehnen sich zu sehr an die Motive an, als daß sie einen bemerkenswerten Fortschritt bedeuteten.

cfr. auch die Bemerkung Leonhards über den Verwendungsbegriff in Anm. 3 zu S. 175 Eck, Vorträge, ferner unsere Ausführungen am Ende dieses § S. 77 u. 78.

tiven werden wir nämlich nicht daran zweifeln dürfen, daß der Begriff aus dem gemeinen Rechte entlehnt und aus ihm erklärt werden soll.[1])

Allerdings stellt sich der Begriff nach den Motiven auch keineswegs als identisch mit dem gemeinrechtlichen dar. Sie besagen nämlich S. 411 weiter: „Die Verbindung eigener Sachen mit der fremden Sache wird als Verwendung dann nicht zu gelten haben, wenn die verbundenen Sachen wesentliche Bestandteile der Hauptsache nicht geworden und ebenso wenig, wenn sie nur zum Zubehöre der fremden Sache gemacht sind, weil das Recht des Verwendenden an solchen Sachen beharrt und das Vermögen des Eigentümers nicht vermehrt wird."

Die Bestimmung des Begriffes „wesentlicher Bestandteil" wird durch das Gesetz selbst und zwar im E I § 782, E II § 77[d] und B. G. B. § 93 dem Sinne und Wesen nach gleich gegeben. Die redaktionell beste Form im Gesetz § 93 lautet:

> „Bestandteile einer Sache, die von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile) . . ."

Nach den Motiven in Verbindung mit dieser Legaldefinition wird also eine Verwendung begrifflich unmöglich sein, wenn die verwendeten Sachen — immer vorausgesetzt, daß es sich um Verbindung eigener Sachen mit der fremden handelt — wesentliche Bestandteile der fremden Sache nicht geworden sind. Das war aus den Bestimmungen des Gesetzes nicht ersichtlich, aber für die Begriffsbestimmung derart wichtig, daß es berechtigten Anspruch auf Aufnahme im Gesetzestext hatte. Auch wenn wir mit den Motiven darin übereinstimmen, daß „der Begriff der Verwendung der bisherigen Theorie und

---

[1]) Mot. S. 31: „Der Begriff der Verwendungen ist der bisherigen Theorie und Praxis völlig geläufig . . .", d. h. er ist derselbe, wie ihn die bisherige Theorie und Praxis kennt. Dieser Begriff ist aber der des römischen und gemeinen Rechts.

Praxis völlig geläufig“[1]) ist, so doch nur geläufig in dem Sinne, wie ihn die gemeinrechtliche Wissenschaft auf der Grundlage des römischen Rechts gebildet hatte. Diese kennt aber die Einschränkung der Motive nicht. Neben eine im Gesetzestext aufgenommene Definition hätte sich kurz eine diesbezügliche Bestimmung einschalten lassen, und über die wesentlichsten Punkte des Verwendungsbegriffes wären auch für den Unklarheiten vermieden worden, der nicht Zeit und Gelegenheit hat, neben dem Gesetzestext auch stets die Motive zu studieren.[2])

Es ergibt sich also, daß dem B. G. B. zufolge die verwendeten Sachen stets aus dem Vermögen des Verwenders ausscheiden, da sie wesentliche Bestandteile einer fremden Sache werden. Das ist eine Abweichung vom gemeinen Recht, die zwar theoretisch einen besonderen Unterschied vom gemeinen Rechte formuliert, aber praktisch nicht von großer Wichtigkeit sein wird, da ja auch schon gemeinrechtlich der Verwender da, wo die Verfolgung des Eigentumsanspruches vorlag und praktisch erschien, von den Bestimmungen über die Verwendung abgesehen und den Eigentumsanspruch erhoben haben wird. Auch gemeinrechtlich wird es sich in der Regel um Fälle gehandelt haben, in denen das Eigentum des Verwenders an der verwendeten Sache verloren war, und andere gesetzliche Bestimmungen nicht mehr helfen konnten.

Ähnlich verhält es sich mit einer zweiten Abweichung vom gemeinen Rechte, die sich aus den Bestimmungen über den Ersatzanspruch der notwendigen Verwendungen ergibt. Gemeinrechtlich schieden die periodisch wiederkehrenden Ausgaben aus dem Verwendungsbegriff aus, nach dem B. G. B. sind die „gewöhnlichen Erhaltungskosten“ (§ 994 Anm. 1) und

---

[1]) Mot. S. 31.

[2]) Gierke sagt a. a. O. S. 349 oben: „Ein wirkliches Verständnis (für die Paragraphen über Anspruch aus dem Eigentum § 929 bis 945 E I) eröffnen erst die von subtiler Gelehrsamkeit strotzenden Motive S. 392—433 . . .“

„Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht“ (995) auch dann begrifflich Verwendungen geblieben, wenn sie sich als periodisch wiederkehrende Ausgaben darstellen. Aber der Unterschied ist ein rein theoretischer, praktisch teilt das B. G. B. den Standpunkt des gemeinen Rechtes. Weder die gewöhnlichen Erhaltungskosten, noch die Aufwendungen zur Bestreitung von Lasten begründen dann Ersatzansprüche, wenn sie sich als periodisch wiederkehrende Ausgaben charakterisieren. Konsequent scheidet deshalb das gemeine Recht beide in diesem Fall aus dem Begriff „Verwendung“ aus, inkonsequent unterstellt sie das B. G. B. dem Begriffe.

Wir wollen am Schlusse dieses Abschnittes noch einmal kurz zusammenfassen und in Anlehnung an unsere spezialisierte Darstellung die Frage beantworten: Wann haben wir es mit einer Verwendung im Sinne des B. G. B. zu tun?

Um im Einzelfall eine Entscheidung zu finden, gehen wir zunächst auf das gemeine Recht zurück. Die Fülle der uns gebotenen einzelnen Beispiele wird uns auch jetzt noch meist von praktischem Werte sein. Im übrigen sind wir gemeinrechtlich zu dem Schluß gekommen, daß „alle für Zwecke einer Sache aufgewendeten einmaligen und außerordentlichen Ausgaben“ unter den Begriff „Verwendung“ fallen.

Diese gemeinrechtliche Begriffsbestimmung erleidet Abänderungen:

1. insofern als nach dem B. G. B. eine Verwendung sich auch als wesentlicher Bestandteil der fremden Sache darstellen muß, wenn die Verwendung in einer Verbindung besteht,
2. als nicht notwendig die periodisch wiederkehrenden Ausgaben aus dem Begriff ausscheiden.

Das Wesentliche wird das Vermögensopfer[1]) sein, das der

---

[1]) Sachs S. 7 u. 10 bringt die Tatsache des Eigentumsverlustes ähnlich zum Ausdruck. Er nennt die Impensen im römischen Sinn „für eine Sache aufgewendete vermögenswerte

Besitzer bringt, und durch das er einen Verlust erleidet, der in der großen Mehrzahl der Fälle dem Eigentümer zu gute kommt, ihn bereichert.

Wir werden eine Verwendung jede geldwerte Leistung des Besitzers nennen, mag sie mit oder ohne Zutun desselben zustande kommen, sofern sie nur geeignet oder bestimmt ist, in Hinblick auf die Sache dem Eigentümer einen Vorteil zu sichern oder ihn vor einem Nachteile zu bewahren. Besteht die Leistung in der Verbindung eigener Sachen mit einer fremden Sache, so muß durch diese Verbindung die eigene Sache wesentlicher Bestandteil der fremden Sache werden, wenn sie sich als Verwendung darstellen soll.

§ 17.

Einteilung der Verwendungen.

Gemeinrechtlich haben wir eine strenge Sonderung der Impensen in necessariae, utiles und voluptuariae, und wir

---

Leistungen", im Sinne des B. G. B. „für eine Sache aufgeopferte vermögenswerte Leistungen".

cfr. weiter die Ausführungen Leonhards in Anm. 3 zu S. 175 Eck, Vorträge. — Leonhard erwähnt hier auch den Kaufpreis als zu den Verwendungen gehörig, „durch dessen Voraussetzung dem Eigentümer die Sache erhalten worden ist". Ähnlich Matthiass S. 90, ferner Endemann S. 366 Anm. 12 und Meisner zu § 994—996 unter Nr. 2 am Ende.

Im Teilentwurf § 186 war noch eine Bestimmung über den Ersatz desjenigen, was für die Erwerbung der Sache „gegeben oder geleistet". cfr. Prot. I S. 4149 ff. Auch der E I nahm noch eine diesbezügliche Bestimmung auf, (vgl. dazu „die Bemerkungen der meckl.-schw. Regierung z. Entwurf" Bd. I S. 222 unter Nr. 208) während bereits E II darauf verzichtete. Auch nach dem B.G.B. scheiden im allgemeinen die auf den Erwerb der Sache verwendeten Kosten aus. In dem Sonderfall, daß durch den Erwerb dem Eigentümer das Eigentum erhalten wird, stellt sich ja auch nach unserer Ansicht der Kaufpreis als eine notwendige Verwendung dar. Wir schließen uns der Meinung Leonhards und Matthiass sowohl aus rechtlichen, wie aus Billigkeitsgründen an, doch wird erst die Praxis feste Grundsätze hierüber bilden müssen.

finden diese Sonderung auch in den Hauptzügen in die Kodifikationen übernommen. So spricht denn auch das B. G. B. im Teilentwurf von „Verwendungen, die notwendig waren" und von „Verwendungen, die dem nach den persönlichen Verhältnissen des Eigentümers zu beurteilenden Interesse desselben entsprechen". Sie sind identisch mit den impensae necessariae und utiles des gemeinen Rechtes.

Die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes I hat nun im E. I. diesen Unterschied zwischen den einzelnen Arten der Verwendungen aufgegeben. Die Protokolle[1]) sagen dazu, es sei zu billigen, daß bereits der Teilentwurf, statt „auf die gemeinrechtlichen Spezialitäten" einzugehen, ein einfaches Prinzip aufzustellen gesucht habe. Der zu § 186 des Teilentwurfs gestellte Antrag 3 (der spätere § 936 E I) spreche dieses Prinzip — der Bereicherung — in noch größerer Schärfe und Deutlichkeit aus". Die Konsequenz des Prinzips der Bereicherung führt zu einem Fortfallen des Unterschieds zwischen den einzelnen Verwendungen, entscheidend ist lediglich der Umstand, ob der Eigentümer durch die Verwendung bereichert ist oder nicht.

Die Motive[2]) zu E I begründen weiter die Neuerung damit, daß da, wo der Entwurf die notwendigen Verwendungen von den nützlichen oder beide von einer dritten Kategorie unterscheide, mit Hilfe der Rechtswissenschaft auch die Bedeutung dieser Unterscheidung sich ergeben werde. Die Aufstellung allgemein maßgebender Normen werde, da dieselben immer mehr oder weniger doktrinär ausfallen würden, die Rechtsanwendung nur erschweren, jedenfalls die richtige Würdigung der Einzelfälle nicht erleichtern.

Das Fortlassen der Unterscheidung zwischen den einzelnen Arten der Verwendungen stellt sich als ein ebenso großer Fehler dar, wie es die unterschiedlose Behandlung des bonae und malae fidei possessor im E. I ist. Der Teilentwurf hatte

---

[1]) Prot. I S. 4183.
[2]) Mot. S. 31.

sich noch in dem Abs. 3 § 185 dem gemeinen Rechte angeschlossen und dem malae fidei possessor einen Ersatzanspruch nur für die notwendigen Verwendungen zugebilligt. Johow[1]) weist in seiner Begründung auf die Billigkeit hin, die es gebiete, daß ein Unterschied zwischen gut- und bösgläubigem Besitzer gemacht werde. Auch alle anderen Gesetzgebungen mit Ausnahme der französischen hätten diesen Unterschied gemacht. Das französische Recht stehe auf dem Standpunkte, daß die Lehre von den Verwendungen sich auf der Rechtsregel aufbaue: Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. Damit sei die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Verwendenden für das französische Recht für ungültig erklärt.

Diesen letzten Punkt hat die Kommission zur Ausarbeitung des E I zur Begründung ihrer gegenteiligen Ansicht ausgenützt. Sie ist sich wohl bewußt, daß sie eine einschneidende und befremdende Neuerung einführt, deshalb begründet sie ihre gegenteilige Ansicht in ausführlicher Weise. Die Motive[2]) sind der Ansicht, daß das französische Recht sich konsequent auf den Standpunkt der Bereicherung gestellt habe, daß es nicht zwischen redlichem und unredlichem Besitzer unterscheide. Der Entwurf folge dem Prinzip des französischen Rechts. „Die Verwendung auf eine fremde Sache, welche den Wert derselben erhöht oder eine Wertminderung abwendet, führt zu einer Bereicherung des Eigentümers. Die Voraussetzung der Vorschrift über die condictio sine causa (§ 748 Abs. 1.), daß die Veränderung im Vermögen ohne den Willen des Verlierenden geschehen sein muß, ist als erfüllt anzusehen, mag nun die Verwendung von einem redlichen oder unredlichen Besitzer bewirkt sein, da dem Vermögen des gewinnenden Teiles keinesfalls etwas zugewendet werden soll". Die Vorschriften des Entwurfs über Kondiktionen geben eine Grundlage auch für die Regelung des Verwendungsanspruches. Es

---

[1]) S. 922.
[2]) S. 412.

sei nicht zu rechtfertigen, diese Grundlage zu ändern, da sie zu einer ungleichartigen Behandlung gleichartiger Fälle führen werde. Das gemeine Recht sehe in der Erstattungspflicht des Eigentümers eine ausnahmsweise Begünstigung und könne sie deshalb dem unredlichen Besitzer gegenüber einschränken. Der Standpunkt des Entwurfes lasse eine derartige Strafe nur als als Privatstrafe zu, die nicht gutgeheißen werden könne.

Die Kommission versuchte also dadurch, daß sie die Lehre von den Impensen von ihrer ursprünglichen Grundlage loslöste und vollkommen auf das Prinzip der Bereicherung aufbaute, die nicht ganz leichten Bestimmungen auf eine einfache Basis zu bringen. Gegen eine derartige Bemühung wäre an und für sich nichts einzuwenden, aber es darf dabei nicht so gut wie alles eingebüßt werden. Theoretisch hört sich die Begründung recht gut an, und wenn die gesetzlichen Bestimmungen dazu da wären, um gut zueinander zu passen und recht wenig neue Gesichtspunkte zu schaffen, so wäre gegen den Standpunkt der Kommission wenig einzuwenden. Es ist aber doch nicht zu verkennen, daß das Gesetz um seiner praktischen Anwendbarkeit willen geschaffen wird, und diese würde unter den neuen Bestimmungen über die Verwendungen recht schlecht gefahren sein[1]). Es erscheint garnicht motiviert, daß man sich von den Errungenschaften des gemeinen Rechtes so ganz loslöste, man beweist so wenig, daß das Neue Besseres schaffen muß, trotzdem man doch die Güte des Alten nicht verkennen konnte. Auch der Umstand, daß alle anderen Gesetzgebungen es für richtiger befanden, ihre Regeln auf der Grundlage des gemeinen Rechts aufzubauen, gab nichts zu bedenken: „Man folgt dem Prinzip des französischen Rechts". Zum Unglück ist aber schließlich auch die Berufung auf das französische Recht eine fehlerhafte, auch diese letzte Stütze fällt fort. Tatsächlich zeigt im C. c. der Art. 555 eine Unterscheidung zwischen redlichem und un-

[1]) Vgl. die Beispiele bei Cosack, Sachenrecht S. 44. 45.

redlichem Besitzer[1]), weicht also hier von dem Prinzip der Bereicherung ab.

So erregte denn auch diese Gleichstellung des redlichen und unredlichen Besitzers unter den Vertretern der Rechtswissenschaft die heftigste Opposition[2]). Insbesondere wendet sich Cosack[3]) sehr scharf gegen eine derartige Abweichung des Entwurfs vom bestehenden Recht. Er nennt sie „einen der schlimmsten Missgriffe des Entwurfs" und bezeichnet die Behauptung der Motive, daß der Entwurf dem Prinzip des französischen Rechts folge, als ganz unhaltbar.

Der allgemeinen Ansicht über die Regelung der Lehre von den Verwendungen durch die Kommission gab die mecklenburg-schwerinsche Regierung in ihren „Bemerkungen" Ausdruck[4]):

> „Mit Recht erblicken die in der Zusammenstellung III S. 204 Nr. 1 zu § 936 aufgeführten Kritiker einen Hauptmangel der in den §§ 936—938 getroffenen Regelung der Gegenansprüche wegen Verwendungen darin, daß der Entwurf zwischen den Rechten des redlichen und denen des unredlichen Besitzers und zwischen notwendigen und nützlichen Verwendungen keinen Unterschied macht. Zu gerechten und brauchbaren Ergebnissen wird nach diesseitiger Ansicht nur zu gelangen sein, wenn die Grundsätze des gemeinen Rechts . . . in den Entwurf übernommen und demgemäß die Vorschriften der §§ 936 ff. umgearbeitet werden".

Schon der E II hat den gegenteiligen Gründen Rechnung getragen. Im § 908 ff. finden wir einerseits die Einteilung

---

[1]) Dagegen schließt sich Meisner a. a. O. zu § 994—996 der Ansicht der Motive an unter Hinweis auf C. c. Art. 861, 2175. Den allgemeinen Art. 555 übersieht er.

[2]) Gierke S. 349 Anm. 1. Er besagt S. 349 im Text unter anderem bezüglich der Regelung der Lehre von den Verwendungen: „Ein solches Recht ist unbrauchbar".

[3]) Cosack, Sachenrecht S. 44.

[4]) S. 222 unter No. 207.

der Verwendungen in „notwendige“ und „andere als notwendige“, andererseits die Unterscheidung zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzers. Diese Einteilung ist in das Gesetzbuch übergegangen.

Aber ebenso wie auf eine Definition des Begriffes „Verwendung“ hat der E II und das Gesetz auf eine nähere Bestimmung des Begriffes „notwendige Verwendung“ verzichtet. Wir werden zur Erklärung wohl auf die Gesichtspunkte zurückgreifen müssen, die zur Klarstellung des Begriffes gemeinrechtlich von Wichtigkeit waren. Im Gegensatz dazu meint Meisner[1]): „Was als notwendige Verwendung zu betrachten ist, das ist nach der Natur der Verwendung im konkreten Falle zu bestimmen ohne Zurückgehen auf das römische Recht“. Wir werden allerdings die Art der Verwendung nach dem konkreten Falle bestimmen, das war ja auch bereits ein Grundsatz des römischen Rechts. Aber innerhalb des konkreten Falles werden wir doch die Gesichtspunkte ins Auge fassen müssen, die uns römisch-, bezw. gemeinrechtlich überliefert sind. Eine Lostrennung des Begriffes von den Grundsätzen des römischen Rechtes erscheint jedenfalls ausgeschlossen. Denn einerseits ist der Begriff auch dem B. G. B. nur in römisch-, bezw. gemeinrechtlichem Sinne bekannt, andererseits sind die gemeinrechtlichen Regeln der Lehre von den Verwendungen derart gerechtfertigt und allgemein herrschend geworden, dass sie sich nicht mehr übersehen lassen.

Meisner will offenbar selbst auch ein Zurückgehen auf das römische Recht nicht ganz vermeiden, denn er sagt in derselben Anmerkung weiter: „Allgemein auch für das B. G. B. zutreffend ist aber wohl die neuerdings für das römische Recht geltend gemachte, auch von Dernburg akzeptierte Ansicht, daß als notwendige Verwendungen nicht nur die zur Erhaltung der Sache unentbehrlichen zu betrachten sind, sondern die Verwendungen, welche die ordentliche Bewirtschaftung der Sache mit sich bringt, wenn es sich auch um neue Anlagen handelt“.

---

[1]) S. 145 Anm. 1.

Auch Ledermann[1]) sucht in längeren Ausführungen darzutun, daß die notwendigen Verwendungen des B. G. B. aus dem Begriff der gemeinrechtlichen impensae necessariae, wie ihn die heutige Wissenschaft festgelegt hat, nicht zu erklären sind. Er weist dazu auf die besonderen Arten der notwendigen Verwendungen der §§ 994 und 995 des B. G. B hin, ferner auch darauf, daß im Gegensatz zu den notwendigen Verwendungen des gemeinen Rechtes das B. G. B. bereits hier zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzers unterscheide. Zum Schluß meint er, daß auch die Motive dagegen sprächen, denn sie besagten, „der Begriff sei der bisherigen Theorie völlig geläufig", geläufig war aber nur die dahingehende Begriffsbestimmung, daß die impensae necessariae die zur Erhaltung der Sache notwendigen Verwendungen seien, und das sei auch heute allein das Kriterium für das B. G. B. geblieben. Auszuscheiden sind also nach Ansicht Ledermanns diejenigen Verwendungen, die durch Petrazycki in den erweiterten Begriff geführt waren.

Zuzugeben ist, daß die notwendigen Verwendungen des B. G. B. nicht mit den impensae necessariae des gemeinen Rechtes identisch sind. Doch ist damit nicht bestritten, daß zur Begriffsbestimmung ein Zurückgehen auf das gemeine Recht erforderlich ist. Auch Ledermann tut das, denn er leitet seine Ansicht aus der früher allgemein herrschenden irrigen Meinung über den Begriff der Notwendigkeit ab.

Nun will er aber in den notwendigen Verwendungen des B. G. B. lediglich die zur Erhaltung der Sache notwendigen erblicken. Dazu beruft er sich 1. auf die Motive und 2. auf Biermann[2]), muß aber auf der anderen Seite zugeben,

---

[1]) S. 15.

[2]) Auch Kuhlenbeck a. a. O. zitiert die Motive und Biermann als diejenigen, welche die notwendigen Verwendungen nur als zur Erhaltung der Sache notwendige bezeichnen. Aber auch K. giebt keinen näheren Anhalt, wo die Motive, wo Biermann, bezw. mit welchen Worten Motive u. B. diese Meinung aussprechen. Kuhlenbeck selbst steht auf entgegengesetztem Standpunkte.

daß andere Schriftsteller auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen. Demgegenüber wird man berechtigt einwenden können, daß zum Zurückkehren zu einer — wie jetzt allgemein anerkannt wird — irrigen und fehlerhaften Auffassung mehr gehört, als eine nebensächliche Bemerkung der Motive, die garnicht den gewünschten Sinn zu haben braucht, jedenfalls eine derartige Tragweite nicht beanspruchen darf, und eine ebenfalls nebensächliche Bemerkung Biermanns. Dieser sagt nämlich zu dem Streitpunkt selbst garnichts, er stellt sich nicht etwa der Ansicht Petrazyckis über den Begriff der Notwendigkeit entgegen. In seinen Ausführungen zu § 994 kommt lediglich der Satz vor: Notwendig sind sie — die Verwendungen — dann, wenn sie zur Erhaltung der Sache unentbehrlich sind.“ Vielleicht meint Biermann sogar „Erhaltung in der wirtschaftlichen Brauchbarkeit“, jedenfalls bildet der Hinweis auf diese kurze Bemerkung kein wesentliches Argument für die Ansicht Ledermanns. Im übrigen findet er auch sonst in den Vertretern der Wissenschaft nur Gegner seiner Auffassung.[1]). Wir werden demzufolge den Standpunkt Ledermanns über den Begriff der „notwendigen Verwendungen“ nicht teilen, seine Beweisführung hat uns nicht überzeugt. Das B. G. B. hat einige Sonderfälle der notwendigen Verwendungen in den §§ 994 Abs. 1. Satz 2 und 995 aufgestellt, hat auch eine unterschiedliche Behandlung des bonae und malae fidei possessor bereits bei den notwendigen Verwendungen für richtig befunden. Umfang und Wirkung der notwendigen Verwendungen ist also ein anderer als im gemeinen Recht, aber der Begriff der Notwendigkeit ist unverändert geblieben. Das wird auch schon dadurch bewiesen, daß das B. G. B. noch besonders als zu den notwendigen Verwen-

---

[1]) Endemann S. 365.
Landsberg S 677.
Kuhlenbeck a. a. O. zu § 994.
Planck a. a. O. zu § 994.
Neumann a. a. O. zu § 994.
Dernburg, Bürgerl. Recht. 3. Aufl. S. 380.

dungen gehörig die gewöhnlichen Erhaltungskosten aufzählt. Diese aber sind nicht oder nicht nur Verwendungen, welche zur Erhaltung der Sache notwendig sind, sondern sie sind lediglich auf die Erhaltung in der wirtschaftlichen Brauchbarkeit, im besonderen auf die Produktion der Früchte gerichtet. Zur Feststellung des Begriffs der Notwendigkeit können wir uns voll und ganz auf unsere Ausführungen im gemeinrechtlichen Teile beziehen. Wir werden auch jetzt noch dieselben Gesichtspunkte zu berücksichtigen haben, wie sie uns das römische Recht und das gemeine Recht bis zu Petrazycki, ja sogar wie sie uns vielleicht noch eine spätere höhere Erkenntnis dieser Lehre des gemeinen Rechtes bietet [1]).

Die §§ 994 Abs. 1 Satz 2 und 995 erweitern den Kreis der notwendigen Verwendungen durch Zufügung von zwei Sonderarten: 1. „gewöhnliche Erhaltungskosten". 2. „Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten der Sache macht", sowie deren Unterart „Aufwendungen für solche außerordentliche Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind.".

Gewöhnliche Erhaltungskosten und die gewöhnlichen Aufwendungen für Lasten sind begrifflich miteinander verwandt. Beide bedeuten diejenigen Ausgaben, welche eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung regelmäßig zu erfordern pflegt. Die ersteren beziehen sich im besonderen auf die Produktion der Früchte,[2]) die zweiten auf Abgaben anderer Art, die der

---

[1]) Matthiass S. 90 rechnet zu den notwendigen Verwendungen auch unter Umständen, „das zum Erwerb der Sache vom Beklagten aufgewendete Aequivalent." Ähnlich Leonhard in seinen Anmerkungen zu Eck, cfr. dazu unsere Ausführungen S. 78. Anm.

[2]) Landsberg a. a. O. S. 677 definiert die gewöhnlichen Erhaltungskosten als solche, welche für Sachen solcher Art in solchem Masse binnen solcher Zeitabschnitte regelmäßig, nach der Regel ordentlicher Wirtschaft, von jedem Eigenbesitzer aufgewendet werden müssen." Besser ist wohl die Erklärung Kuhlenbecks a. a. O. „Ausgaben die stetig, wenn auch in verschiedener Gestaltung wiederkehren." Diese Definition stimmt wörtlich mit der Dernburgs, Bürgerl. Recht S. 385 überein.

Ausübung des Besitzes der Sache naturgemäß anhaften, z. B. Einkommensteuern, Zinsen für Hypotheken und Grundschulden, Reparaturkosten für Wirtschaftsgegenstände u. drgl. Auch diese hängen mit dem Wirtschaftsbetrieb zusammen, sie erscheinen zwar nicht immer für die Bewirtschaftung an sich erforderlich, stellen aber eine mit dem Besitz der Sache zusammenhängende selbstverständliche und notwendige Verpflichtung dar. Beide Arten fallen unter die periodisch wiederkehrenden Ausgaben, die gemeinrechtlich aus den Begriff der Verwendung ausschieden.

Demgegenüber sind die „außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind" zu den einmaligen außerordentlichen Ausgaben zu rechnen und waren auch gemeinrechtlich dem Begriff „impensae" unterstellt. Die Motive [1]) bezeichnen die Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, als solche, „die nach der Intention der dieselben auferlegenden Anordnung nicht aus den Erträgen der Sache, sondern aus dem Stammwert bestritten werden sollen, was sich unter Umständen aus der Höhe der Last ergeben kann". Es handelt sich um einmalige, dem Besitze der Sache nicht natürliche Aufwendungen, wie z. B. Ablösung einer Hypothek, Abfinden von Anerben, preußische Ergänzungssteuer usw.[2])

Das B. G. B. hätte sich die Erweiterung des Kreises der notwendigen Verwendungen durch Aufzählung dieser Sonderarten sparen können, wenn es eine Definition der Verwendung gegeben und den Begriff der Notwendigkeit abgegrenzt hätte. Das ist gemeinrechtlich geschehen, und deshalb ergab sich gemeinrechtlich ohne besondere Regelung die in den Sonderbestimmungen der §§ 994 und 995 gegebenen Entscheidung des B. G. B. —

Eine besondere Rolle nehmen ferner innerhalb des Systems die „Kosten" ein, „die der Besitzer eines landwirtschaftlichen

---

[1]) S. 516.

[2]) cfr. Biermann zu § 995, Cretschmar zu § 995, Matthias S. 90.

Grundstückes [1]) auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Wirtschaftsjahres [2]) zu trennenden Früchte verwendet hat". Der § 998, der diese landwirtschaftlichen Bestellungskosten behandelt, besagt nicht, ob es sich hier um eine Art von notwendigen oder anderen als notwendigen Verwendungen handelt. [3]) Auch die Stellung des betreffenden Paragraphen, der hinter die Bestimmungen über das Wegnahmerecht gerückt ist, läßt auf keine der beiden Arten der Verwendungen einen bestimmten Schluß zu.

Würde man begründete Ansicht haben, diese landwirtschaftlichen Bestellungskosten zu den anderen als notwendigen Verwendungen zu rechnen, so wäre damit ein wichtiges Argument für die Ansicht Ledermanns gegeben, daß der Begriff der Notwendigkeit gegenüber den letzten Forschungen des gemeinen Rechtes verändert sei. Denn nach dem gemeinen Rechte handelt es sich hier, soweit überhaupt Verwendungen vorliegen, zweifellos um notwendige Verwendungen, da sie zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung der Sache erforderlich sind. An und für sich wäre ja diese Art der Aufwendung gemeinrechtlich aus dem Begriff „Verwendung" auszuscheiden; sofern die Nutzungen gezogen sind, handelt es sich um periodisch wiederkehrende Ausgaben.

---

[1]) Kuhlenbeck a. a. O. definiert „landwirtschaftliches Grundstück": „Ein der Produktion von Nutzpflanzen oder der Viehzucht gewidmetes Grundstück, auch ein Gemüsegarten, auch ein gärtnerisches, der Produktion von Blumen und Obst gewidmetes Grundstück, nicht jedoch ein Ziergarten, wenngleich einzelne Teile desselben zur Produktion geringer Quantitäten von Nutzpflanzen bestimmt sind." cfr. auch Biermann zu § 998.

[2]) Planck a. a. O. meint, daß der Beginn des Wirtschaftsjahres „nach den Regeln, die an dem in Frage stehenden Orte für eine ordnungsmässige Wirtschaft anerkannt sind, festgestellt wird." Ähnlich auch Kuhlenbeck, Biermann und Meisner a. a. O. zu § 998. In der Praxis wird diese Bestimmung zu Streitigkeiten leicht Veranlassung geben können.

[3]) Daß es sich überhaupt um eine Art der Verwendung handelt kann wohl nicht bezweifelt werden. cfr. Endemann S. 366.

Wenn aber — wie bei den landwirtschaftlichen Bestellungskosten des §§ 998 B. G. B. — die Nutzungen nicht gezogen sind, so liegt auch in der Bestellung dem Wesen nach eine einmalige außerordentliche Ausgabe, die begrifflich unter die Verwendungen fällt.

Unseres Erachtens kann unter den landwirtschaftlichen Bestellungskosten des § 998 auch nur eine Art der notwendigen Verwendungen zu verstehen sein, denn sie bilden eine Art der gewöhnlichen Erhaltungskosten, und diese sind besonders als notwendige Verwendungen benannt. Deshalb wäre es auch wohl zweckmäßig und redaktionell vorzuziehen gewesen, diese Bestimmungen hinter den § 994 einzufügen. Der Inhalt des § 998 bildet nur eine Abänderung und Ergänzung zu der bereits im § 994 gegebenen Bestimmung, daß gewöhnliche Erhaltungskosten für die Zeit, in der dem Besitzer die Nutzungen nicht verbleiben, zu erstatten sind. Eine Änderung in sofern, als bei den landwirtschaftlichen Bestellungskosten der Unterschied zwischen redlichem und unredlichem Besitzer fallen gelassen ist, eine Ergänzung, als wegen der Wichtigkeit dieses einzelnen Falles eine detaillierte Regelung gegeben wird.

Lehmann[1]) scheint nicht auf dem Standpunkte zu stehen, daß es sich im Falle des § 998 stets um notwendige Verwendungen handeln wird. Er meint, daß „dem Besitzer der Nachweis erlassen sei, daß die Verwendung eine notwendige sei". Wäre das wirklich der Fall, so könnte der Verwender Anspruch auch für die übertriebensten Verwendungen erheben. Nach den Bestimmungen des § 998 darf er nur das ersetzt verlangen, was einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, und das wird auch stets notwendig sein. Den Beweis dafür, daß seine Verwendung einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht, wird er stets erbringen müssen, und damit erbringt er auch zugleich den Beweis dafür, daß die Verwendung eine notwendige ist.

---

[1]) Enneccerus u. Lehmann Bd. 2. S. 205.

Die landwirtschaftlichen Bestellungskosten des B. G. B. stellen sich also als eine Abart der notwendigen Verwendungen dar[1]). Damit gewinnen wir von neuem ein Argument für unsere Auffassung über den Begriff der „Notwendigkeit" nach B. G. B. Auch das B. G. B. hält Kosten, „die einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen", für notwendige Verwendungen.

Wir gehen über zu den „anderen als notwendigen Verwendungen".

Von ihnen sagt der § 996 B. G. B.:

> „Für andere als notwendige Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und vor dem Beginn der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wieder erlangt".

Im Sinne dieses Paragraphen werden unter den „anderen als notwendigen" Verwendungen im wesentlichen die impensae utiles des gemeinen Rechtes zu verstehen sein[2]). An und für sich umfaßt allerdings die Bezeichnung alle anderen Verwendungen, soweit sie nicht notwendige sind, also ebenso die impensae utiles wie die impensae voluptuariae. Demgegenüber weist aber der Sinn des § 996 darauf hin, daß man in der Hauptsache die impensae utiles gemeint hat, den größeren Teil der impensae voluptuariae aus dem Verwendungsbegriff ausschließen wollte. Die Dreiteilung ist innerhalb des Systems mit Absicht vermieden worden.

Der „Wert der Sache muß durch die anderen als notwendigen Verwendungen noch zu der Zeit erhöht sein, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt", d. h. Erhöhung des Wertes ist stets eine notwendige Voraussetzung für das Vorhandensein der „anderen als notwendigen" Verwendung,

---

[1]) cfr. dazu die ähnliche Bestimmung der sächsischen B. G. B. § 313.

[2]) Ebenso Siméon S. 616. Dagegen aber wohl Planck zu § 996. Beide ohne Begründung ihre Ansicht.

aber diese Werterhöhung muß bis zu einem bestimmten Zeitpunkte, dem Zeitpunkte der Wiedererlangung durch den Eigentümer anhalten, falls sie Ersatzanspruch begründet. Im wesentlichen wird es sich hier also um die impensae utiles des gemeinen Rechtes handeln, aber auch ein kleinerer Teil der impensae voluptuariae wird dazu zu rechnen sein. Denn die Wertbestimmung des B. G. B. ist eine objektive, während sie sich gemeinrechtlich nach den Verhältnissen des Eigentümers richtete. Es werden also auch diejenigen impensae voluptuariae zu den anderen als notwendigen Verwendungen" des B. G. B. zu zählen sein, bei denen zwar nicht nach den subjektiven Verhältnissen des Eigentümers, wohl aber objektiv eine Werterhöhung der Sache gegeben ist[1]).

§ 18.

Wesen des Verwendungsanspruches.

Wie im gemeinen Rechte sind es auch für das B. G. B. Grundsätze der Billigkeit, die den Verwendungsanspruch ins Leben gerufen haben. An sich ist dem Verwender nicht zu helfen, er gibt sein Eigentum fort. Der Eigentümer der Hauptsache kann diese cum omni causa für sich beanspruchen. Auch die Regeln der negotiorum gestio, an die man auch gelegentlich schon im gemeinen Rechte dachte, können nur ganz vereinzelt passen, denn immer, auch als malae fidei possessor will der Verwender für sich, niemals für einen anderen handeln.

So muß auch im B. G. B. der Verwendungsanspruch seine Regelung rein aus Gesichtspunkten der Billigkeit finden. Es

---

[1]) Landsberg S. 677 spricht von „nützlichen Verwendungen, durch welche der Wert der Sache erhöht wird", ferner von „anderen Verwendungen, sog. impensae voluptuariae". Auf welche Stelle im Gesetzestext des B. G. B. er diese Teilung stützt, läßt er ungewiß, er erklärt diese eigenartige Teilung überhaupt nicht. Jedenfalls werden „nützliche" Verwendungen im B. G. B. garnicht erwähnt, die „anderen" Verwendungen, sofern die „anderen als notwendigen" des B. G. B. gemeint sind, werden zum allergeringsten Teil als imp. volupt. zu bewerten sein.

ist nicht möglich, ihn in ein bestimmtes, schon für andere Zwecke geprägtes System zu pressen. Der Teilentwurf fügte sich dieser Einsicht und hielt sich in der Hauptsache an die Regeln des gemeinen Rechts. Wenn er „vereinfacht", „auf die gemeinrechtlichen Spezialitäten nicht eingeht", so mag das die Klarheit und leichtere Faßbarkeit des Gesetzestextes heben, im konkreten Falle hätte man sich eben doch an das halten müssen, was überliefert war.

Da stellt der E I den Grundsatz auf, die Lehre von den Verwendungen solle sich lediglich nach dem Prinzip der Bereicherung regeln. Was in den übrigen Fällen der ungerechtfertigten Bereicherung gut war, muß auch gut sein für den Verwendungsanspruch. Man dachte nicht daran, daß diese Lehre ihrer ganzen Natur nach sich nicht in eine bestehende Form werde fügen lassen, daß sie etwas selbständiges darstellt, dass man ihre Selbständigkeit nicht aus Gründen der Vereinfachung unter fremde Regeln beugen dürfe. Die Erwägungen der Kommission liefen nur darauf hinaus, in seiner ganzen Ausgestaltung den Verwendungsanspruch in den Rahmen der ungerechtfertigten Bereicherung einzufügen[1]). Und dieser Fehler rächte sich sofort dadurch, daß man in natürlicher Konsequenz die Unterscheidung zwischen den einzelnen Arten der Verwendungen fallen ließ, daß man Unredlichkeit und Redlichkeit des Besitzers gleich bewerten wollte.

Nach dem mißlungenen Versuch des E I kehrte der E II wieder auf den Boden des gemeinen Rechtes zurück, den die anderen Entwürfe und das Gesetz auch nicht wieder verlassen haben. Wenn die Lehre von den Verwendungen auch auf der einen Seite ausgebaut, auf der anderen vereinfacht und verkürzt ist, das Wesen des Verwendungsanspruches ist dasselbe geblieben. Billigkeitsrücksichten sind es, die den Gesetzgeber in jedem einzelnen Falle veranlaßten, eine bestimmte Entscheidung zu treffen. Das System ist in seinen Grundlagen analog dem gemeinen Rechte gebildet werden.

---

[1]) cfr. Prot. I S. 4183 unten u. S. 4184.

Man könnte vielleicht einwenden, der Verwendungsanspruch sei da seines Wesens entkleidet, wo er unter den Regeln der negotiorum gestio zum Ausdruck kommt [1]). Aber mit Unrecht, denn wie wir oben gezeigt haben, wird in der praktischen Anwendung auch für diesen Fall wenig oder nichts geändert werden.

Wie im gemeinen Recht, so wird auch im B. G. B. der Verwendungsanspruch als ein Gegenrecht anzusehen sein, das dem Besitzer aus Billigkeitsrücksichten gegen den vindicierenden Eigentümer zusteht und das uno actu mit dem Anspruch auf Herausgabe der Sache entsteht.

§ 19.

Wesen und Voraussetzungen des Wegnahmerechts.

Wegnahmerecht ist das Recht des Besitzers, eine Sache, die er als wesentlichen Bestandteil mit einer anderen Sache verbunden hat, abzutrennen und sich anzueignen.[2]) Der Begriff erscheint also äußerlich im wesentlichen dem gemeinen Rechte analog, hier wie dort ist es ein Recht des Verwenders zur Abtrennung, und zwar ein Forderungsrecht des Besitzers gegen den Eigentümer. Da es durch Ersatz mindestens des Wertes, den der Bestandteil nach der Trennung haben würde, abgewendet werden kann, hat es auch im B. G. B. subsidiären Charakter.

Auffallend erscheint es nun aber, daß das B. G. B. zwar den Begriff Verwendung kennt und ihn in den Rechtssätzen über die Ersatzpflicht anwendet, aber gelegentlich der Behandlung des Wegnahmerechts nur über die Trennung eines „wesentlichen Bestandteiles" spricht. Es wird dadurch das Wesen des Wegnahmerechtes in ganz neue Bahnen gelenkt. Während im gemeinen Rechte das jus tollendi abgesondert aus der Lehre von den Verwendungen garnicht denkbar er-

---

[1]) B. G. B. § 994 Abs. 2.
[2]) B. G. B. § 997.

scheint, während es innerhalb der ganzen Lehre eine besonders interessante Erscheinung bot, ein Recht, das in seinem Ursprung und in seinen Wirkungen neben den Ersatzanspruch gestellt wurde, erscheint es im B. G. B. über die Lehre von den Verwendungen hinausgehend. Das wird seinen Grund vor allem wohl darin haben, daß das B. G. B. auch den Begriff der impensae voluptuariae zum größeren Teil und die Bezeichnung als einen Teil der Verwendungen vollständig aus dem System verbannt hat. Es erschien einfacher die Dreiteilung der Arten gegen die Zweiteilung „notwendige und andere als notwendige" Verwendungen einzutauschen und sich den Begriff zierende Verwendungen zu sparen. Aber man konnte sich doch wohl der Erwägung nicht verschließen, daß man dem Verwender auch für diese Art der Verwendungen Hilfe wie im gemeinen Rechte geben müsse, und so stellt man das Wegnahmerecht aus der Lehre von den Verwendungen heraus. Dadurch wurde es wieder möglich, für die ursprünglich nicht berücksichtigten impensae voluptuariae eine dem gemeinen Rechte analoge Vergütung zu gewähren, ohne die Zweiteilung der Verwendung aufgeben zu müssen.

Eine wichtige Veränderung verusacht weiter der Begriff „wesentlicher Bestandteil". Die wesentlichen Bestandteile einer Sache sind nach § 93 B. G. B. diejenigen, „welche von einander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird." Auch das Eigentum des Verwenders geht durch die Verbindung zum wesentlichen Bestandteil unter. Das Wegnahmerecht ist damit Einschränkungen unterworfen, die das gemeine Recht nicht kannte.[1])

Eine wesentliche Abweichung vom gemeinen Recht wird aber im besonderen darin zu finden sein, daß nach dem B. G. B. unter Umständen dem Verwender Ersatzanspruch und Wegnahmerecht wahlweise zustehen können. Gemeinrechtlich hat der Verwender Anspruch auf Ersatz oder, falls ihm das

[1]) Dagegen zeigen die Bestimmungen des C. c. eine gewisse Ähnlichkeit mit dem B. G. B.

Recht diesen Anspruch nicht gibt, unter den bestimmten Voraussetzungen das jus tollendi. Das B. G. B. dagegen gibt dem Besitzer das Recht, falls er eine Sache mit einer anderen als wesentlichen Bestandteil verbunden hat, und falls sich gleichzeitig diese Verbindung als eine Verwendung darstellt, nach seiner Wahl des Wegnahmerecht auszuüben oder Anspruch auf Ersatz zu erheben.[1]) Der § 997 macht das Wegnahmerecht nicht davon abhängig, daß der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen fortgefallen ist. Der Verwender kann also das Wegnahmerecht bei allen Arten der Verwendungen zur Anwendung bringen, es kann auch bei notwendigen Verwendungen nur dadurch ausgeschlossen werden, daß der Eigentümer den Ersatz dessen bietet, den der Bestandteil nach der Trennung haben würde. In den Fällen also, in welchen der Anspruch auf Ersatz nicht in der Höhe geltend gemacht werden kann, die dem Werte des abgetrennten Bestandteiles entpricht, wird der Verwender stets das Wegnahmerecht wählen und einen günstigen Erfolg erzielen. Das entspricht im hohen Maße auch den Anforderungen der Billigkeit, sodaß diese Neuerung einen Fortschritt gegenüber den Bestimmungen des gemeinen Rechtes bedeutet.

Weiter müssen wir darauf hinweisen, daß das B. G. B. die Unterscheidung zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzers beim Wegnahmerecht fortfallen läßt. Das gemeine Recht hatte ohne weiteres die Prinzipien der ganzen Lehre von den Impensen auch auf das jus tollendi zur Anwendung gebracht und die Unterscheidung zwischen bonae und malae fidei possessor als durch die naürliche Zugehörigkeit zu der Lehre von den Verwendungen gegeben erachtet. Für die nützlichen Verwendungen erhält der malae fidei possessor das jus tollendi, desgleichen nach der herrschenden Meinung für die zierenden sowohl der bonae fidei, wie der malae fidei possessor. Die Entscheidung des B. G. B. ist dieselbe, ohne daß es

[1]) Für die Fälle des § 951 würden auch noch Ansprüche nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung hinzukommen.

nähere Regeln aufzustellen brauchte. Das Wegnahmerecht ist im B. G. B. aus dem System der Verwendungen herausgerückt, und ohne weiteres ergeben sich damit die Entscheidungen, die das gemeine Recht im Anschluß an die Impensenlehre erst im einzelnen dartun mußte. Das Wegnahmerecht des B. G. B. hat der Verwender stets dann, wenn es in seinen besonderen Voraussetzungen gegeben ist, es steht also auch dem unredlichen Besitzer in jedem Falle zu.

Das B. G. B. läßt also auch bei der Regelung dieses Rechtes sowohl die Unterscheidung zwischen den einzelnen Arten der Verwendungen fallen, da es ja auch den Begriff der Verwendung ausscheidet, als auch zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzers. Das römische und gemeine Recht ist mehr den Billigkeitsrücksichten gefolgt, das B. G. B. stellt diese zu Gunsten einer einheitlichen Rechtsbeurteilung zurück.

Nach unseren Ausführungen hat sich also gegenüber den Bestimmungen des gemeinen Rechts im B. G. B. folgende Abweichung ergeben:

1. Der Unterschied zwischen den einzelnen Arten der Verwendungen und zwischen redlichem und unredlichem Besitzer ist innerhalb der Regelung des Wegnahmerechtes unwesentlich.

2. Das Wegnahmerecht ist nicht dadurch behindert, daß durch die Ausübung die Sache in ihrem Wert oder Wesen gefährdet wird. Im Gegenteil erscheint das Wegnahmerecht nur dann möglich, wenn eine Sachzerstörung stattfindet, denn wesentliche Bestandteile sind von einander nicht ohne Störung des einen von ihnen zu trennen.

Damit steht in Verbindung, daß der Verwender nach dem B. G. B. sein Eigentum an der Sache verloren haben muß. Was er nach der Trennung erwirbt, ist ein neues Eigentum. Wenn er durch die Verbindung seiner eigenen mit einer fremden Sache sein Eigentum nicht verliert, so ist er garnicht zur Herausgabe der Sache verpflichtet. Ihm bleibt also auch

ohne besondere rechtliche Bestimmung die Befugnis, die Sache abzutrennen und zurückzuhalten.[1])

Hier weist Hellmann[2]) sehr treffend darauf hin, daß ja auch der Fall denkbar ist, wo der Besitzer fremde Sachen verwendet hat. Nach dem Wortlaut des § 997 wird ihm auch für diesen Fall das Wegnahmerecht nicht abzusprechen sein. Wenn das an und für sich auch ganz billig zu sein scheint, so ist doch die im Gesetzbuch zugelassene Aneignung der Sache bei einem derartigen Besitzer überaus unbillig. Es kann auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein, daß ein Besitzer, der nicht Eigentümer der verwendeten Sachen gewesen ist, nun durch Ausübung des Wegnahmerechts, durch Trennung Eigentum erwerben soll. Jedenfalls geht das alte Eigentum unter, es kann nicht wieder aufleben. Man wird für diesen Fall mit Hellmann wohl dahin zn entscheiden haben, daß der Besitzer nur dann für sich Eigentum erwirbt, wenn er Eigentümer der verwendeten Sache gewesen ist.[3]) In anderem Falle erwirbt er das Eigentum nicht für sich, sondern für den Eigentümer der von ihm verwendeten Sache. Diese Entscheidung widerspricht nicht dem Gesetzestext und entspricht der Billigkeit.

3. Die gemeinrechtliche Bestimmung, daß der Verwender die Kosten der Wegnahme zu übernehmen hat, daß er weiter

---

[1]) Für die Pflanzen und Bäume, die der Besitzer in ein fremdes Grundstück eingepflanzt hat, war in der 2. Kommission eine Ausschließung des Abtrennungsrechtes beantragt worden unter dem Hinweis, daß es sich um Früchte und Nutzungen handele. Der Antrag wurde von der Kommission abgelehnt und damit zugleich bestimmt, daß auch für den Fall das Abtrennungsrecht bestehen bleibt, wo die Verwendung den Charakter einer Frucht oder Nutzung trägt.

[2]) Hellmann a. a. O.; vgl. innerhalb seiner Ausführungen auch den Fall, daß durch die Verbindung Miteigentum entstanden ist.

[3]) Planck a. a. O. zu § 997 drückt das mit den Worten aus: Die Abtrennung geschieht vom Besitzer „mit der Wirkung, daß er das Eigentum an der Sache zurückerwirbt." „Zurückerwerben" kann man nur ein Eigentum, das man bereits gehabt hat.

verpflichtet ist, die Sache in den vorigen Stand zu setzen, entspricht der allgemeinen Regel des § 258 B. G. B. Daß aber der Eigentümer auch dann, wenn er bereits den Besitz der Sache erlangt hat, noch die Verpflichtung hat, die „Wegnahme der Einrichtung zu gestatten", ist eine dankenswerte Neuerung des B. G. B. Sie entspricht den Grundsätzen, die für die Regelung der Geltendmachung des Ersatzanspruches maßgebend geworden sind: Der Verlust des Besitzes der Sache soll die Geltendmachung nicht ausschließen. Allerdings kann der Eigentümer die „Gestattung der Wegnahme verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird".[1])

Wir gehen zum Schluß noch auf den Abs. 2 des § 997 ein, der das Abtrennungsverbot[2]) enthält. Das Wegnahmerecht ist ausgeschlossen:

a) wenn der Besitzer nach § 994 Abs. 1 Satz 2 für die Verwendungen Ersatz nicht erlangen kann, d. h. wenn es sich um gewöhnliche Erhaltungskosten handelt, für die Zeit, in welcher die Nutzungen dem Verwender verbleiben. Auch gemeinrechtlich greift hier das jus tollendi nicht Platz, da wir ja gemeinrechtlich die gewöhnlichen Erhaltungskosten als periodisch wiederkehrende Ausgaben aus dem Begriff „Verwendung" ausgeschieden haben;

b) wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat.

Im Entwurf findet sich eine derartige Bestimmung noch nicht. Es ist das um so unerklärlicher, als auch nicht an eine anderweitige Verhütung der Chikane gedacht werden konnte, wie sie durch den erst im Reichstage eingefügten § 226 heute denkbar wäre. Allerdings ist ja zu bemerken, daß durch die weitere, auch bereits im E I ent-

[1]) § 258 Satz 2.

[2]) Planck zu § 997 nennt das Abtrennungsverbot die negativen Voraussetzungen des Wegnahmerechts oder die Ausschließungsgründe im Gegensatz zu den positiven Voraussetzungen des Abs. 1.

haltene Bestimmung, daß die Abtrennung durch Ersatz des Wertes, den die Sache nach der Trennung haben würde, ausgeschlossen werden kann, ganz ähnliche Folgen sich ergeben. Wenn die Abtrennung für den Besitzer keinen Nutzen hat, so wird auch der Wert der getrennten Sache ein derart unbeträchtlicher sein, daß ihn der Eigentümer zur Abwendung des Wegnahmerechts stets aufwenden wird, falls er überhaupt Interesse an der Verwendung hat.

c. wenn dem Besitzer mindestens der Wert ersetzt wird, den der Bestandteil nach der Abtrennung für ihn haben würde. Unter Umständen wird also sogar der Affektionswert zu ersetzen sein.[1])

Unsere Ausführungen haben erwiesen, daß das Wegnahmerecht in seinen Grundzügen und in wesentlichen Punkten mit dem jus tollendi des gemeinen Rechtes übereinstimmt. Aber trotzdem werden die wichtigen Änderungen und Neuerungen in der praktischen Anwendung merkbare Unterschiede hervortreten lassen.

§ 20. Anspruch auf Ersatz der notwendigen und der anderen als notwendigen Verwendungen.

Der § 185 des Teilentwurfs lautet:

„Dem Besitzer steht ein Gegenanspruch zu wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen, soweit die Verwendungen notwendig waren oder dem nach den persönlichen Verhältnissen des Eigentümers zu beurteilenden Interesse desselben entsprechen, auch der Wert der Sache durch die Verwendungen erhöht ist, und die Werterhöhung zur Zeit der Herausgabe noch fortdauert.

Der Gegenanspruch geht auf Ersatz der Verwendungen, Befreiung von den für dieselbe übernommenen Verbindlichkeiten und Vergütung für Handlungen, für welche der Besitzer sonst bezahlt zu werden pflegt.

---

[1]) cfr. Planck a. a. O. zu § 997.

In dem Falle des § 182 beschränkt sich dieser Gegenanspruch auf die notwendigen Verwendungen.

Auf die von dem redlichen Besitzer vor der Erhebung der Klage gemachten Verwendungen sind diejenigen Vorteile in Abrechnung zu bringen, welche derselbe vor der Erhebung der Klage aus der Sache gezogen hat".

Der erste Absatz dieses Paragraphen regelt die Höhe des Ersatzanspruches, er weist zugleich eine bedeutende Abweichung vom gemeinen Rechte auf. Ein Gegenanspruch steht dem Besitzer für die notwendigen und nützlichen Verwendungen in gleicher Weise zu, d. h. nur dann, „wenn der Wert der Sache durch die Verwendungen erhöht ist und die Werterhöhung zur Zeit der Herausgabe noch fortdauert."

Zur Erklärung dieser Neuerung sagt Johow[1]) bezüglich der notwendigen Verwendungen: „Der redliche Besitzer hat ebenso wie der unredliche, wenn auch aus anderen Voraussetzungen die Absicht, lediglich für sich selbst zu handeln, dies bewirkt aber bei beiden nur, daß die Gefahr des Erfolges dem Handelnden verbleibt. Für den Eigentümer wird der Erfolg erst wirksam und wertvoll in dem Augenblicke seiner Anerkennung und der Rückgabe. Ob mit einem später doch in fremdem Besitze gestorbenen Pferde vorher einmal eine rettende Kur vorgenommen ist, bleibt dem Eigentümer gleichgiltig."

Diese Begründung ist wohl nicht ohne Widerspruch hinzunehmen. Die „Gefahr des Erfolges" wird billiger Weise dem Handelnden bei notwendigen Verwendungen nur dann verbleiben, wenn er in eigenem Interesse gehandelt hat. In „eigenem Interesse" handelt er aber nur, wenn er die Verwendungen an seiner eigenen Sache vornimmt, andernfalls handelt er stets im Interesse des Eigentümers. Denn für den Eigentümer ist eine notwendige Verwendung nicht, wie Johow meint, erst im Augenblicke der Rückgabe wertvoll, sondern sofern sie überhaupt wertvoll wird, ist sie auch wertvoll schon im Augenblick der Vornahme. Im Interesse der Erhaltung oder

[1]) a. a. O. S. 923.

ordnungsmäßigen Bewirtschaftung der Sache wird es für den Eigentümer stets von Wert sein, daß zur zweckmäßigen Zeit notwendige Verwendungen gemacht werden, er wird ein Interesse daran nicht erst im Augenblick der Rückgabe haben.

Das von Johow gegebene Beispiel mit dem Pferde, das im Besitz des Verwenders stirbt, erscheint ganz unzutreffend. Ein Gegenanspruch kommt ja hier überhaupt nicht zur Entstehung, da ein Anspruch auf Herausgabe durch den Tod des Pferdes unmöglich geworden ist. Würde aber das Pferd am Leben geblieben sein, so hätten billigerweise dem Verwender die Kosten für die rettende Kur ersetzt werden müssen, denn nur durch sie ist dem Eigentümer sein Eigentum erhalten worden. Trotzdem wäre auch in diesem Falle durch die Verwendung eine Werterhöhung nicht eingetreten, ebenso wenig wie die Werterhöhung selbst zur Zeit der Herausgabe noch andauert.

Diese Regelung des Teilentwurfs bedeutet eine große Verschlechterung gegenüber dem gemeinen Rechte. Wenn auch anerkennenswerter Weise die Gleichstellung des redlichen mit dem unredlichen Besitzer bei notwendigen Verwendungen beibehalten wird, so mußte doch die im § 185 des Teilentwurfs gegebene Beschränkung des Ersatzes unglückliche Konsequenzen haben. Der unredliche und ihm gleichstehende redliche Besitzer, d. h. der redliche Besitzer von dem Augenblick an, wo er an der bona fides seines Besitzes zu zweifeln anfängt, wird die Ausgaben für die Sache auf das geringste Maß beschränken. Er wird nur die Verwendungen machen, deren Ersatz er später mit einiger Wahrscheinlichkeit wird erwarten können, und er wird lieber die Sache untergehen lassen, als daß er kostspielige Aufwendungen für die Erhaltung macht, falls diese Aufwendungen eine dauernde Werterhöhung nicht in sich bergen. Das ist vom wirtschaftlichen Standpunkte aus eine sehr gefährliche Lösung, sie widerspricht nicht nur dem Interesse des Verwenders, sondern im besonderen auch dem wahren Interesse des Eigentümers, zu dessen Gunsten sie offenbar getroffen sein soll.

Aber auch Gründe der Billigkeit sprechen gegen die Gleichstellung des Ersatzes der notwendigen und der nützlichen Verwendungen. Eine notwendige Verwendung bedeutet für den Eigentümer stets die Ersparung der Kosten, die die notwendige Verwendung ausmachte. Er hätte als Besitzer der Sache dieselben Ausgaben machen müssen, er hätte sie ebenfalls auch dann gemacht, wenn sie einen tatsächlichen Erfolg nicht nach sich zogen. Häufig wird der Eigentümer es nur der Tätigkeit des Verwenders danken, daß er die Sache überhaupt zurückerhält, auch ohne daß durch diese Tätigkeit eine Werterhöhung erzielt worden ist. In jedem Falle, wo eine notwendige Verwendung nicht ersetzt wird, ist der Eigentümer zum Schaden des Besitzers bereichert.

Eine andere Auffassung über die praktische Bedeutung dieser Bestimmung haben allerdings die Protokolle zur 2. Lesung zum Ausdruck gebracht. Sie stehen auf dem Standpunkte, daß praktisch durch die Fassung des E I, die dem Sinne nach bezüglich dieser Frage dem Teilentwurf entspricht, kein erheblicher Unterschied gemacht werde, denn der Entwurf verpflichte „zum Ersatz insoweit, als der Eigentümer durch die Verwendungen bereichert sei.“ Daraus folge doch, daß der Eigentümer notwendige Verwendungen stets ersetzen muß, da er durch sie Ausgaben erspart habe, also bereichert sei. Unseres Erachtens ist das aus dem Gesetzestext sowohl des Teilentwurfes, wie des E I nicht zu erkennen, auch aus den diesbezüglichen Ausführungen der Motive geht es nicht hervor. Im Gegenteil stellen die Motive die nützlichen Verwendungen den notwendigen ausdrücklich gleich, sie sind also der Ansicht, daß auch die notwendigen nur dann zu ersetzen sind, wenn sie den Wert der Sache erhöhen. Die Protokolle zur 2. Lesung geben denn auch zu, daß ein Mißverständnis durch die Fassung des E I wohl möglich sei, und daß die Fassung des E II den Vorzug verdiene, weil sie dieses Mißverständnis ausschließe. Wahrscheinlich hätte auch die Praxis die Auslegung nach dem E II gewählt, falls die Bestimmung des E I Gesetz geworden wäre. Das wäre dann aber ledig-

lich der Not gehorchend geschehen, auf Kosten der gesetzlichen Bestimmungen und des Willens des Gesetzgebers hätte man dem praktischen Rechtsbedürfnis Rechnung getragen.

Im übrigen ist der Teilentwurf dem gemeinen Rechte gefolgt. Interessant ist die Bestimmung, daß die Verwendungen mit dem „aus den persönlichen Verhältnissen zu entnehmenden Interesse des Eigentümers" übereinstimmen müssen. Das scheint aus der l 38 D. 6, 1 „bonus judex varie ex personis causisque constituet" abgeleitet zu sein. Wir haben bereits in unseren gemeinrechtlichen Ausführungen darauf hingewiesen, daß eine derartige allgemeine Anweisung an den judex den Grundsatz der Billigkeit innerhalb der Impensenlehre ganz besonders betont. Gegen eine Aufnahme in das Gesetz läßt sich nichts einwenden.

Die Spezialisierung des Gegenanspruches in Absatz 2 erscheint überflüssig. Sie wird auch nur mit dem Hinweis auf die actio negotiorum gestorum contraria motiviert[1]), die ebenso spezialisiert sei.

Der Absatz 3 giebt uns die Unterscheidung zwischen redlichem und unredlichem Besitzer im wesentlichen analog dem gemeinen Rechte, während der Abs. 4 die Kompensation der vor der Erhebung der Klage gezogenen Früchte auf die Verwendungen ausspricht. Die „verzierenden" Aufwendungen, wie Johow[2]) die impensae voluptuariae bezeichnet, sind innerhalb des Gesetzes nicht erwähnt. Auch gemeinrechtlich ist ja ein Ersatzanspruch bei ihnen nicht gegeben. In den Motiven zum Teilentwurf von Johow wird auf die Bestimmungen des Wegnahmerechtes verwiesen.

Auf der Grundlage dieses § 185 geht nun die Stellungnahme der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs dahin, daß „sie es billige, daß der Entwurf — der § 185 — statt auf gemeinrechtliche Spezialitäten einzugehen, ein einfaches Prinzip aufstelle." Sie führt dann dieses Prinzip — der

---

[1]) Johow a. a. O. S. 925.
[2]) a. a. O. S. 925.

Bereicherung — „in größerer Schärfe und Deutlichkeit aus". In dem Abs. 1 des § 936 E I wird der Unterschied zwischen notwendigen und nützlichen Verwendungen überhaupt fallen gelassen, für jede Verwendung wird dann Ersatz zugesprochen, „wenn der Eigentümer infolge der Wiedererlangung der Sache durch die Verwendung aus dem Vermögen des Besitzers bereichert wird." Der Abs. 2 und 3 des § 185 des Teilentwurfes wird gestrichen, der Abs. 4 in den E I übernommen.

Damit hat die Kommission ganz mit den Überlieferungen des gemeinen Rechtes gebrochen. Wenn es den Fehler des Teilentwurfes bezüglich der Stellung der notwendigen Verwendungen konsequent ausbaut und jegliche Unterscheidung in der Behandlung der notwendigen und nützlichen Verwendungen aufhebt, so ist das ebenso zu verurteilen wie das Fallenlassen des Unterschiedes zwischen Redlichkeit und Unredlichkeit des Besitzers durch Streichung des Abs. 3 § 185.[1]) Der E I hat wohl die einfachste aber auch die schlechteste Regelung des Ersatzanspruches gefunden.

Der E II gab den berechtigten Einwendungen gegen die Bestimmungen des E I nach und kehrte zu den Prinzipien des gemeinen Rechtes zurück. Die von ihm geschaffenen Rechtssätze sind mit geringfügigen redaktionellen Änderungen in das Gesetz übergegangen. Sie sollen im folgenden Gegenstand besonderer Erörterung sein.

1. Ersatzanspruch wegen notwendiger Verwendungen.

Wie im gemeinen Rechte hat der Besitzer auch nach B. G. B. § 994 (E II § 908) für notwendige Verwendungen

---

[1]) Motiviert wird die Streichung des Abs. 3 in den Prot. I 4185 mit den Worten: „Vielmehr enthalte die Vorschrift (des Abs. 3) eine ausnahmsweise Benachteiligung, welche als Privatstrafe erscheine, und sei aus diesem Grunde und weil die Konsequenz gebieten würde, weiterzugehen und in allen Fällen, in welchen der Schuldner, dem ein dolus zur Last falle, Schadensersatz zu leisten oder eine Bereicherung herauszugeben habe, ihn mit gleicher Strenge zu behandeln, abzulehnen, wenn auch anerkannt werden müsse, daß der Entwurf dem geltenden Recht gefolgt sei."

einen uneingeschränkten Ersatzanspruch. Ohne Rücksicht auf die Werterhöhung der Sache und ohne Rücksicht auf das Fortdauern der Verwendung bis zur Rückgabe der Sache an den Eigentümer wird der Ersatzanspruch zugesprochen.

Wie die Protokolle zur 2. Lesung ausführen, wird auch dem unredlichen Besitzer der Ersatzanspruch aus Billigkeitsrücksichten zugesprochen, trotzdem die Rechtskonsequenz eigentlich dazu führen müsse, jeden Anspruch auf Ersatz zu versagen. Aber die zweite Lesung dieser Kommission fügte bezüglich des unredlichen Besitzers eine Abänderung ein. Der Ersatzanspruch des unredlichen und ihm rechtlich gleichgestellten Besitzers bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag.[1])

Diese Neuerung bedeutet keine Abweichung von dem System des gemeinen Rechtes. Sie erscheint gegeben durch ein konsequentes Weiterschreiten auf der vom gemeinen Rechte gewiesenen Bahn, bedeutet aber mehr eine theoretische als eine praktische Änderung. Tatsächlich ähnelt das Verhältnis des unredlichen Besitzers gegenüber dem Eigentümer der negotiorum gestio so sehr, daß es ganz natürlich erscheint, die Regeln dieses Rechtsinstitutes hier in Anwendung zu bringen. Und gerade die §§ 677 ff. B. G. B., die von der Geschäftsführung ohne Auftrag handeln, sind so ganz wie von den Grundsätzen der Billigkeit durchdrungen, daß sie sich wohl der Lehre von den Verwendungen anpassen.

Praktisch wird übrigens, wie bereits angedeutet, diese Neuerung kaum in die Erscheinung treten. Die einschlägigen §§ 683. 684 B. B. besagen nämlich, daß der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen

[1]) „Diese von der 2. Kommission bei der Revision beschlossene Einschränkung des Ersatzanspruches beruht auf der Erwägung, daß sowohl der unredliche als auch der Prozeßbesitzer, der die Sache auf seine Gefahr behält, bezüglich der Verwendungen nicht günstiger gestellt werden könne, wie ein Nießbraucher oder Pfandgläubiger.“ Planck zu § 994.

kann, sofern die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht", [1]) oder aber soweit „der Geschäftsherr durch die Verwendungen bereichert" ist [2]), oder sie genehmigt [3]).

Kann man sich aber eine notwendige Verwendung denken, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn widerspricht? Doch wohl nur dann, wenn die Verwendung gegen den direkt oder indirekt zum Ausdruck gebrachten Wunsch des Eigentümers geschieht, wenn der Verwender gewußt hat oder hätte wissen müssen, daß der Eigentümer diese Verwendungen nicht machen würde, andernfalls schließt der Begriff der „Notwendigkeit" auch die natürliche Konsequenz in sich, daß der Wille des Eigentümers für die Vornahme gemutmaßt werden muß. Sollte der Eigentümer nachträglich sagen, er hätte die Verwendung nicht gemacht, weil ihm die Erhaltung des betreffenden Teiles der Sache gleichgiltig sei, oder weil er die wirtschaftliche Brauchbarkeit durch die Verwendung nicht gesichert sehe, so wird der Richter darauf keine Rücksicht zu nehmen haben, falls er objektiv die „Notwendigkeit" der Verwendung festgestellt hat, und falls der Verwender nicht wußte oder wissen mußte, daß der Eigentümer auf die Vornahme der Verwendung keinen Wert legt. Anderer Meinung ist Biermann [4]), indem er ausführt, daß der unredliche Besitzer „wegen des Aufwandes für die Erhaltung solcher Sachen, die der Eigentümer als des Aufwandes unwert ansieht, keinen Ersatz verlangen kann. Vor dem Eintritt der Bösgläubigkeit steht die Prüfung der Unwürdigkeit der Sache dagegen lediglich dem Besitzer zu". Demnach läge es also gegenüber dem bösgläubigen Besitzer vollständig in dem Ermessen des Eigentümers, ob er die Verwendungen ersetzen will oder nicht. Er braucht nur zu sagen, er halte die Sache des Aufwandes für unwert, und ist frei. Auf der anderen

[1]) B. G. B. § 683.
[2]) § 684 Satz 1.
[3]) § 684 Satz 2.
[4]) a. a. O. zu § 994.

Seite kann aber der redliche Besitzer die unsinnigsten Ausgaben für die Erhaltung von Sachen machen; wenn er die Sachen nur des „Aufwandes für würdig" hält, ist er Ersatz zu fordern berechtigt. Wenn diese Interpretation richtig ist, so wird der unredliche Besitzer überhaupt keine notwendigen Verwendungen ersetzt erhalten, während der redliche den Ersatz jeder beliebigen Ausgabe für die Erhaltung der Sache zu fordern berechtigt ist.

Das kann aber wohl nicht der Meinung des Gesetzgebers entsprechen, es ist in seinen Konsequenzen paradox. Biermann kehrt den Begriff der „Notwendigkeit" gegenüber dem gemeinen Rechte vollkommen um. Er führt ein subjektives Ermessen des Eigentümers, bezw. des redlichen Besitzers ein, daß vorliegen muß, falls ein Ersatz zugesprochen wird. Das kann aber nach unseren gemeinrechtlichen Ausführungen, die in dieser Frage auch für das B. G. B. maßgebend geworden sind, garnicht zutreffen. Wenn eine notwendige Verwendung vorliegt, ist das subjektive Moment vorher und nachher vollkommen ausgeschaltet, rein auf objektiver Grundlage drängt sich die Erkenntnis auf, daß ein jeder bonus pater familias dieselbe Verwendung gemacht hätte. Man muß also auch vermuten, daß der Eigentümer diese Verwendungen gemacht hätte, es sei denn, daß dem Besitzer bekannt ist, daß er es mit einem in bestimmter Richtung sonderlich veranlagten Menschen zu tun hat, der vielleicht lieber für eine Liebhaberei alles aufwendet, als daß er es für ordnungsmäßige Weiterführung der Wirtschaft tut. Dieser letzte Fall wird aber eine Ausnahme sein, wie es eine Ausnahme sein wird, daß eine notwendige Verwendung dem direkt geäußerten Willen des Eigentümers widerspricht. In der großen Mehrzahl der Fälle, man kann wohl sagen, in der Regel wird eine notwendige Verwendung dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn schon deshalb entsprechen, weil es eine „notwendige" ist, und praktisch wird der unredliche Besitzer beim Ersatz der notwendigen Verwendungen dem redlichen gegenüber nicht sonderlich im Nachteil sein.

Wenn Lehmann[1]) hier als Beispiel anführt „Reparaturkosten bei einem Hause, das besser auf Abbruch verkauft wird", und „Kosten ärztlicher Behandlung bei einem Tiere, das nur als Schlachtvieh verwendbar ist", so wird es in beiden Fällen wohl wesentlich auf die Umstände im einzelnen ankommen. Sollte dem Verwender bereits von sachverständiger Seite — dem Baumeister bezw. Tierarzt — gesagt worden sein, daß eine Reparatur bezw. ein Heilungsversuch bei der augenblicklichen Sachlage nicht zweckentsprechend seien, so wird auch der gutgläubige Besitzer Ersatzanspruch garnicht oder nur begrenzt stellen können, denn es handelt sich dann nicht mehr um eine notwendige Verwendung. Sollte aber noch Aussicht auf Erfolg sowohl bei der Reparatur des Hauses, wie bei der ärztlichen Behandlung des Tieres vorhanden sein, so wird für den Moment der Vornahme auch der mutmaßliche Wille des Eigentümers für die Verwendung anzunehmen sein, und damit ist die Ersatzpflicht dann gegeben. —

Die Regelung der Ersatzpflicht für die im B. G. B. § 994 Abs. 1 Satz 2 (E II § 908) und § 995 (E II § 909) bezeichneten einzelnen Arten der Verwendungen zeigt gegenüber dem gemeinen Rechte keine Abweichung. Die gewöhnlichen Erhaltungskosten und die ordentlichen Aufwendungen, die der Besitzer zur Bestreitung von Lasten macht, werden für die Zeit nicht ersetzt,[2]) für die dem Besitzer die Nutzungen verbleiben. Beide Arten der Verwendungen würden gemeinrecht-

---

[1]) a. a. O. S. 205.

[2]) Leonhard in der Anm. 3 zu Eck, Beiträge 176 weist darauf hin, daß der Eigentümer für den Fall, wo er die Erhaltungskosten nicht zahlen will, weil er eine Mißernte erwartet, mit der Klage bis zur Fruchtziehung warten muß. Andernfalls kann er dem Besitzer einen Austausch der Erhaltungskosten mit den Nutzungen nicht zumuten. Dagegen wird der Besitzer sich wenigstens zum Teil nach den Regeln über die Geltendmachung des Ersatzanspruches zu schützen vermögen. Er kann den Eigentümer zu einer Erklärung über die Verwendungen zwingen (cfr. S. 124 unserer Abhandlung) und, falls die Zeit nicht zu kurz, noch vor der Fruchtziehung den Anspruch rechtlich feststellen.

lich als periodisch wiederkehrende Ausgaben aus dem Verwendungsbegriff ausscheiden und begründeten damit auch ohne weiteres keinen Ersatzanspruch innerhalb der Impensenlehre.[1])

Die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, müssen stets ersetzt werden. Auch gemeinrechtlich würde es sich hier um einmalige außerordentliche Ausgaben handeln, die unter den Begriff der Verwendungen fallen.

Die im B. G. B. § 998 (E II § 911) besonders geregelte Art der Verwendungen zeigt bezüglich der Ersatzpflicht noch einige Sonderheiten. Der Unterschied zwischen redlichem und unredlichem Besitzer wird fallen gelassen und ferner wird Ersatz für die landwirtschaftlichen Bestellungskosten zugebilligt:

1. soweit die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft noch vor dem Ende des Wirtschaftsjahres zu trennen sind,

2. soweit die Kosten einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen,

3. soweit sie den Wert der Früchte nicht übersteigen.

Diese sehr zu billigenden Bestimmungen haben ihre Ursache darin, daß eine Gefährdung der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung eines Grundstückes nach Möglichkeit ausgeschlossen werden soll. Auch der unredliche und der ihm rechtlich gleichstehende Besitzer hat, gestützt auf den § 998, keinen Grund, an Bestellungskosten für ein Grundstück unnötig zu sparen.

---

[1]) Planck zu § 994 hält die Bestimmung, daß gewöhnliche Erhaltungskosten für die Zeit der Nutzung nicht zu ersetzen sind, sowohl den Billigkeitsgründen, als auch dem tatsächlichen Bedürfnis entsprechend. Es wird dadurch die „unter Umständen schwierige Berechnung erspart, ob tatsächlich die gewöhnlichen Erhaltungskosten und der Reinertrag der dem Besitzer verbliebenen Nutzungen gleich hoch sind oder nicht".

Biermann nennt die „gewöhnlichen Unterhaltungskosten eine Last, ein Korrelat der Nutzungen".

2. Ersatzanspruch für „andere als notwendige Verwendungen."

Ersatzanspruch für „andere als notwendige" Verwendungen kann der Besitzer nur verlangen, sofern „der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt,[1]) und soweit der Besitzer nicht in bösem Glauben ist. Dem unredlichen Besitzer wird der redliche vom Augenblick der Rechtshängigkeit, bezw. der Kenntnis von der Unrechtmäßigkeit seines Besitzes an gleichgestellt.

Diese Gleichstellung erscheint nicht ganz unbedenklich. Wie auch innerhalb der Kommission ausgeführt wurde, kann nämlich ein gutgläubiger Besitzer auch nach der Rechtshängigkeit von der Redlichkeit seines Besitzes fest überzeugt sein. Man hätte also an und für sich keinen Grund, ihn deshalb schlechter zu stellen, weil ein anderer auf das Eigentum der von ihm innegehabten Sache berechtigten Anspruch zu erheben glaubt. Aber auf der anderen Seite hat man doch auch Rücksicht auf die Interessen des vindizierenden Eigentümers zu nehmen. Notwendige Verwendungen wird der Besitzer, ohne für sich einen Schaden befürchten zu müssen, auch nach der Rechtshängigkeit vornehmen dürfen, und bezüglich der nützlichen wird er eine Einwilligung des vindizierenden Eigentümers und damit einen Ersatzanspruch im Normalfall auch dann stets erreichen können, wenn wirklich eine Förderung und Werterhöhung der Sache ohne besonderes Risiko zu erwarten steht. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß dem Unternehmungsgeist des Besitzers hier Schranken auferlegt sind, daß ihm vielleicht bis zum Zeitpunkt der Klarstellung des Eigentums große Vorteile entgehen können, aber trotzdem erscheint unter Berücksichtigung all-

[1]) Eck a. a. O. S. 178 ist mit dieser Fassung garnicht einverstanden. Er weist darauf hin, daß man nur ein bedingtes Urteil bekommen wird, da ja der Richter noch nicht wissen kann, welchen Wert die Sache erhalten wird, nachdem das Urteil Rechtskraft erlangt und die Sache herausgegeben wird.

seitiger Interessen die Regelung des Gesetzes eine billige und gerechte.

Im übrigen werden auch allzugroße Härten noch durch eine einschränkende Auslegung des Gesetzestextes gemildert werden. Leonhard[1]) schlägt eine Interpretation vor, der zufolge „die Fortsetzung einer zusammenhängenden Reihe von Verwendungsakten nach einem einheitlichen Verbesserungsplan nicht als eine besondere neue Verwendung gilt". Damit wird der Verwender wenigstens in die Lage versetzt sein, sich unter bestimmten Umständen vor allzugroßem Verlust zu schützen. Es wäre z. B. zu denken an den Fall, in dem ein redlicher Besitzer sich auf einem fremden Grundstück ein Haus bauen will, bereits die Grundmauern gelegt, die Arbeiten vergeben und alle Vorbereitungen zur Vollendung des Bauwerkes getroffen hat.[2]) Hier würde es der Billigkeit ganz und gar widersprechen, wollte man ihm nicht die Wahl lassen, entweder weiter zu bauen oder, falls sich seine Verpflichtungen günstig lösen lassen, auf die Vollendung des Baues zu verzichten. Er kann ja schließlich doch nicht mehr Ersatz verlangen, als der Eigentümer Vorteil hat, auf der anderen Seite wird aber häufig der Verlust des Verwenders dadurch, daß er die Verwendung vollendet, bedeutend herabgemindert werden.

Neu und von besonderer Wichtigkeit für die Praxis erscheint die Wertbestimmung der nützlichen Verwendungen im B. G. B. Der Ersatzanspruch geht auf die Werterhöhung zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wiedererlangt, und dann auf das verum rei pretium bis zur Höhe des Aufgewendeten. Es soll also in Zukunft für die Beurteilung der Werterhöhung nicht mehr Rücksicht genommen werden auf die Verhältnisse des Eigentümers, sondern der reale Marktwert ist Gegenstand der Ersatzpflicht.[3]) Grundsatz des gemeinen

---

[1]) a. a. O. Anm. 4 zu S. 177.

[2]) cfr. Eck S. 177 u. 178.

[3]) Daß die Werterhöhung eine objektive, nicht den Verhältnissen des Eigentümers angemessene sein soll, besagt auch Biermann zu § 996, Endemann S. 367, Ledermann S. 51 und Sachs

Rechtes war es dagegen, daß das Eigentumsrecht stets das höhere bleiben sollte. Der Eigentümer konnte niemals gezwungen werden, rebus suis carere.

Durch die Bestimmung des B. G. B. ist aber für die Zukunft die Möglichkeit wohl gegeben, daß der Eigentümer gezwungen wird, zur Zahlung der Werterhöhung der Sache diese selbst zu verkaufen. Die Lösung deckt sich mit der Billigkeit nicht so, wie die des gemeinen Rechtes. Dagegen ist es wohl ein großer Vorzug, daß nunmehr für die Werterhöhung selbst eine objektive, sichere und unparteiische Schätzung ermöglicht ist. Die Rücksicht auf persönliche Verhältnisse des Eigentümers wird die Abgrenzung der Ersatzpflicht ungemein erschweren, und eine doch immerhin subjektive Beurteilung wird leicht in den Fehler einseitiger Ungerechtigkeit verfallen. Deshalb werden wir dieser Neuerung des B. G. B. wohl eine günstige Einwirkung auf das praktische Leben voraussagen dürfen.

Zum Schluß wollen wir noch kurz die Bestimmung des B. G. B. § 999 (E II § 912) erwähnen. Der Besitzer ist auch berechtigt, für die Verwendungen seiner Vorbesitzer Ersatz zu fordern, der Eigentümer haftet auch für Verwendungen, die vor dem Eigentumserwerb gemacht worden sind. Wichtig ist diese Bestimmung im besonderen für Grundstücke, die demnach eine Belastung haben können, die das Grundbuch nicht anzeigt. Es ist das ein Beispiel dafür, daß das Grundbuch für den gutgläubigen Erwerber nicht soweit maßgebend sein kann, daß nicht eingetragene Lasten für ihn auch garnicht in Betracht kämen. Anders verhält es sich allerdings bei Grund-

---

S. 72. Dagegen aber scheint Leonhard a. a. O. Anm. 2 zu S. 177 mit dieser Lösung garnicht einverstanden. Er „kann nicht einsehen, weshalb man hier unter den beiden denkbaren Deutungen des Wortes gerade diejenige suchen soll, deren Annahme die zweckwidrigen Ergebnisse nach sich zieht". Anderer Ansicht ist auch Rudolph S. 11, der die römisch-rechtliche Auffassung der Mot. III S. 412, 413 zum E I auch auf den § 996 B. G. B. angewendet wissen will.

stücken, die im Wege der Zwangsversteigerung erworben werden.[1] [2])

§ 21.

Geltendmachung des Ersatzanspruches.

Unsere gemeinrechtlichen Ausführungen ließen erkennen, daß ein wirklicher Mangel der Lehre von den Impensen eigentlich nur in der Geltendmachung des Ersatzanspruches zu finden war. So ist es auch natürlich, daß gerade dieser Teil des Systems innerhalb der einzelnen Entstehungsstadien des B. G. B. eine besonders eingehende Untersuchung fand.

Die §§ 188, 189 des Teilentwurfes behandeln die Geltendmachung des Ersatzanspruches. Sie lauten:

§ 188. „Der Eigentümer ist dem Inhaber, welcher ihm die Sache anbietet, zu deren Rücknahme verpflichtet, kann sich jedoch von den Gegenansprüchen des Inhabers dadurch befreien, daß er demselben das Eigentum der Sache überträgt.

§ 189. Der Eigentümer wird mit der Rücknahme der Sache dem bisherigen Inhaber für die Gegenansprüche verpflichtet, welche derselbe bei der Rückgabe ihm angezeigt hat.

Der redliche Besizter, der gutgläubige Erwerber und der gutgläubige Pfandnehmer einer beweglichen Sache sind zur Herausgabe derselben nur gegen Erstattung oder Sicherstellung der Gegenansprüche verpflichtet. Wird über das Vermögen des Eigentümers Konkurs eröffnet, so muß die Sache zwar dem Verwalter herausgegeben werden, es findet aber abgesonderte Befriedigung der Gegenansprüche aus dem Erlöse statt.“

Wenden wir unsere Betrachtung zunächst dem § 188 zu. Im gemeinen Recht konnte der Besitzer insofern in eine unangenehme Lage gegenüber dem Eigentümer kommen, als der

[1]) Zw. G. § 93.

[2]) Vgl. hierzu auch die Ausführungen über die Geltendmachung der Ersatzansprüche S. 115. 116.

Eigentümer nicht zur Rücknahme der Sache verpflichtet war. Der Besitzer hat ein Interesse daran, daß der Eigentümer nach Klarstellung des Eigentumsanspruches nun auch die Sache zurücknimmt. Denn der ihn stets bedrohende Anspruch auf Herausgabe, die Tatsache, daß er zwangsweise eine dem Eigentümer beliebende Zeit in der rechtlich ungünstigen Lage eines malae fidei possessor zu verbleiben genötigt ist, wird ihn zu einem ruhigen und fruchtbaren Besitz nicht mehr kommen lassen. Wie Johow[1]) es ausdrückt, ist der Eigentümer nach dem Teilentwurfe demgegenüber verpflichtet „zu lösen oder zu lassen", d. h. unter Anerkennung der Ersatzansprüche des Besitzers die Sache zurückzunehmen oder auf sein Eigentum zu verzichten. Eine ähnliche Regelung erscheint vollkommen billig, so daß die Neuregelung des § 188 einen Fortschritt gegenüber dem gemeinen Rechte bedeutet.

Der § 189 dagegen entscheidet sich für die Beibehaltung der gemeinrechtlichen Normen über die Geltendmachung des Ersatzanspruches. Eine Klage wird nicht gewährt. Johow erklärt dieses Festhalten an den römisch-rechtlichen Prinzipien damit, daß er die Fälle, in denen die Sache ohne den Willen des Besitzers in die Hände des Eigentümers gelangt ist, in denen also das Zurückbehaltungsrecht nicht mehr hilft, nicht unter „den Normalfall der Herausgabe" rechnet.[2]) Er meint, hier müßten naturgemäß andere Grundsätze Platz greifen als für den Normalfall der Herausgabe mit gleichzeitiger Abrechnung, und diese „Grundsätze können nur der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung entnommen werden". Trotzdem erkennt er selbst kurz vorher an, daß die ungerechtfertigte Bereicherung hier nur teilweise und nicht ausreichende Hilfe gewährt.

Der § 189 entscheidet sich dann allein für das Zurückbehaltungsrecht. Dieses Zurückbehaltungsrecht wird nur dem gutgläubigen Besitzer zugestanden und erstreckt sich nur

---

[1]) a. a. O. S. 933.
[2]) a. a. O. S. 935.

auf Herausgabe einer beweglichen Sache. Nach den Motiven (Johow) folgt der Entwurf mit der Ausschließung des unredlichen Besitzers „den meisten neueren Gesetzgebungen und der gangbarsten Meinung des gemeinen Rechts".

Da der Entwurf dem unredlichen Besitzer für notwendige Verwendungen einen Ersatzanspruch gewährt, hätte er ihm auch die Geltendmachung dieses Anspruches nicht ganz versagen sollen. Es liegt darin gewissermaßen eine Inkonsequenz. Johow[1]) verteidigt seine entgegengesetzte Meinung mit den Worten: „Wer wissentlich auf eine fremde Sache, die er als eigene behandelt, aufwendet, fügt sich damit der Rechtskonsequenz, daß er bei der Abforderung des Eigentümers sofort räumen müsse, und hat keinen Anspruch darauf, daß diese Rechtskonsequenz aus Billigkeitsrücksichten zu seinen Gunsten suspendiert werde".

Nun, wenn wir von Rechtskonsequenz sprechen und die Billigkeit ausschließen, dann müssen wir für notwendige Verwendungen dem unredlichen Besitzer den Ersatzanspruch überhaupt verweigern. Ihm aber den Ersatzanspruch zugestehen, aber das Recht der Geltendmachung nehmen ist nichts weniger als Konsequenz! Wenn der Teilentwurf in der Zulassung des Ersatzanspruches der Billigkeit ein Zugeständnis macht, so muß er es notwendigerweise auch in der Geltendmachung dieses von ihm selbst für richtig befundenen Anspruches tun.

Dagegen sind für die zweite Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts, daß nämlich dieses Recht nur auf bewegliche Sachen Anwendung finden sollte, schwerwiegende Gründe angeführt worden. Abgesehen davon, daß die neueren Gesetzgebungen ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht an Grundstücken nicht kennen, würde diese Neuerung auch in unser Immobiliarsachenrecht nicht so ganz aufgehen. Den Prinzipien des Grundbuchrechtes ist es widersprechend, daß dem auf die Grundbucheintragung sich berufenden Eigentümer ein nicht eingetragenes, in gewissem Sinne dingliches Recht entgegen-

[1]) a. a. O. S. 938.

gestellt werde, und daß dieses Recht die Durchführung eines anderen durch das Grundbuch gewährleisteten Rechts hindern soll.[1]) Eine große Anzahl von Zweifeln und Streitfragen wird die Folge sein, und die Unsicherheit, die durch eine das Grundbuch nicht anzeigende dingliche Belastung des Grundstücks hervorgerufen wird, darf nicht zu gering eingeschätzt werden.

Deshalb würde es zu verstehen sein, daß der Entwurf von den gemeinrechtlichen Prinzipien abweicht, wenn er eine Klage des Verwenders zuließe. Da er das aber nicht tut, kann er unmöglich bei unbeweglichen Sachen sogar den redlichen Besitzer ganz ausschließen wollen. In der Tat gibt er aber auch dem redlichen Besitzer bei unbeweglichen Sachen nur einen Anspruch auf Grund der ungerechtfertigten Bereicherung und schließt den Verwendungsanspruch ganz aus. Unter diesen Umständen werden wir uns allerdings auch gegen diese Neuerung erklären müssen.

So haben unsere Ausführungen erwiesen, daß der Teilentwurf wohl noch eine Verschlechterung der schon gemeinrechtlich mangelhaften Bestimmungen über die Geltendmachung des Ersatzanspruches bedeutet. Deshalb hat auch bereits die Kommission zum E I — also die erste Kommission — eine grundlegende Änderung vorgenommen. Sie weist besonders darauf hin, daß die dem Besitzer zustehenden Gegenansprüche vollgiltige sein sollen, die nicht nur lediglich im Wege der Einrede zur Geltung zu bringen sind. „Wenn das Gesetz einen Anspruch zugestehe, so müsse dieser der Regel nach gegen den Verpflichteten im Wege des selbstständigen Angriffes durchgesetzt werden können. Die Beschränkung der

---

[1]) Bähr, Gegenentwurf steht auf ähnlichem Standpunkte. Er schlägt nach langer Überlegung vor: Die Einrede findet gegen den neuen Erwerber nur dann statt, wenn er wußte oder wissen mußte, daß dieser Anspruch auf dem Grundstücke hafte. Doch gibt er zu, daß es schwer zu entscheiden sei, auf welcher Seite das größere materielle Recht sei, aus praktischen Gründen entscheidet er sich für Aufrechterhaltung des Grundbuchprinzips.

Geltendmachung auf den Weg der Einrede enthalte eine Abschwächung des Anspruchs und eine Irregularität, welche nach den früheren Beschlüssen . . . . tunlichst zu vermeiden sei, und für welche im vorliegenden Falle ein ausreichender Grund nicht gegeben sei."[1])

Äußerlich sollen also die Gegenansprüche einer Beschränkung nicht unterworfen sein. Es würde das auch den weiteren Ausführungen in der Kommission zufolge der Billigkeit wie den bezüglichen Bestimmungen der neueren Gesetzgebungen widersprechen. Aber während die Kommission die äußere Beschränkung verwirft, spricht sie von einer „inneren Beschränkung" der Gegenansprüche und stellt folgende Grundsätze auf:[2])

1. Der Verwendungsanspruch ist dadurch bedingt, daß der Eigentümer den Besitz der Sache zurückerhält.

2. Der Besitzer oder Inhaber hat gegen den Eigentümer keinen Anspruch auf Abnahme der Sache.

3. Dem Zurückbehalten des Besitzes soll, in Ansehung der nach dem Beschluß unter 1 an dasselbe geknüpften Wirkungen die Erhebung der Klage auf Herausgabe nicht gleich stehen.

4. Der Eigentümer soll sich nicht durch Überlassung der Sache von den Gegenansprüchen befreien können.

Der Anspruch als solcher, also ohne jede äußerliche Beschränkung, mit Verfolgung durch Klage, ersteht erst in dem Augenblick, wo der Eigentümer den Besitz der Sache zurückerhält. Die Verwendung ist zwar bereits früher gemacht, und „die Grundlage zur Bereicherung" bereits zur Zeit der Verwendung gelegt, aber „effektive Wirkungen für das Vermögen des Eigentümers" erstehen erst in dem Augenblick, wo der Eigentümer wieder Besitzer wird. Deshalb wird billigerweise die Geltendmachung des Anspruches im Wege der Klage an die Bedingung der Zurücknahme der Sache durch den Eigentümer zu knüpfen sein.

[1]) Prot. I S. 4196 unten u. 4197.

[2]) Prot. I S. 4197.

Der gemeinrechtliche Anspruch also ohne Klage entstand zwar ebenfalls nicht durch die Verwendung, denn er trat ja überhaupt erst dann ins Leben, wenn der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe erhoben wurde. Aber er war auch nicht bedingt durch Rückgabe der Sache an den Eigentümer, im Gegenteil römisches und gemeines Recht schlossen den Anspruch bei der Rückgabe aus. Die Art der Geltendmachung des Anspruches, das Zurückbehaltungsrecht, bedingte es, daß der Anspruch erst entstand mit der Klage auf Herausgabe und zu Grunde ging mit dem Verlust des Besitzes.

Unter 3 wird besonders ein Unterschied zwischen dem Zurückerhalten des Besitzes und dem Anspruch auf Herausgabe gemacht. Das erscheint durch den Vergleich des Anspruches im gemeinen und im Recht des Teilentwurfs ganz natürlich. Die Protokolle drücken sich allerdings nicht klar aus oder treffen nicht den Kernpunkt, wenn sie sagen, daß „die Erhebung der Klage auf Herausgabe der Sache nur aus dem Gesichtspunkte einer Unterwerfung des Eigentümers unter die Gegenansprüche der Wiedererlangung der Sache gleichgestellt werden könne“.[1]) Positiv ausgedrückt ist das Kriterium, daß die Scheidung gemacht werden muß, um das Zurückbehaltungsrecht neben dem Klageanspruch auszuschliessen. Das prius wird stets das Zurückbehaltungsrecht sein, es bleibt, so lange der Besitz der Sache dem Verwender zusteht. Der Anspruch auf Herausgabe wird deshalb nur in einem Ausnahmefall neben dem Zurückbehaltungsrecht auch einen Klageanspruch begründen, nämlich wenn der Eigentümer zugleich die Verwendungen genehmigt. Die Kommission drückt das etwas unklar mit den Worten „Unterwerfung des Eigentümers unter die Gegenansprüche“ aus. In der Regel wird erst dann, wenn durch den Verlust des Besitzes der Sache das Zurückbehaltungsrecht unmöglich geworden ist, durch den Klageanspruch geholfen, und dann ist ja auch die rechtliche Voraussetzung der Klage — die Zurückgabe

[1]) Prot. I S. 4198.

der Sache an den Eigentümer — eingetreten. Also ähnlich dem jus tollendi des gemeinen Rechts charakterisiert sich die Klage aus dem Verwendungsanspruch als ein gewissermaßen subsidiäres Hilfsmittel, das da eintritt, wo das Zurückbehaltungsrecht versagt.

In dem Grundsatz zu 2 und 4 finden wir eine Verwerfung des § 188 des Teilentwurfes. Die Protokolle geben dafür nur ganz oberflächliche Gründe an, die nicht auf die Vorteile des Entwurfes eingehen. Daß auf der einen Seite der Eigentümer durch den Zwang zur Abnahme unbillig geschädigt, auf der anderen Seite durch das Rückgaberecht unnötig im Vorteil sei, kann die gegenteilige Ansicht der Kommission nicht recht begründen. Auch der § 941 E I, der die in den E I übernommenen Bestimmungen des § 188 enthält, erscheint unzureichend. Er fixiert lediglich einen Annahmeverzug des Eigentümers, falls dieser die Sache weder abzunehmen bereit ist, noch genügende Sicherheit für die Verwendungen anbietet. Einer derartigen Regelung gegenüber ist die Bestimmung des Teilentwurfs die bessere und der Neuerung wohl vorzuziehen.[1])

Bezüglich der Geltendmachung der Ersatzansprüche hat nun auf Grund dieser von der Kommission aufgestellten Prinzipien der E I folgende Gestalt angenommen:

1. Nach § 938 Abs. 1 sind die Gegenansprüche dadurch bedingt, daß der Eigentümer die Sache wiedererlangt. Es ist also das Klagerecht für den Verwender gegeben, falls er den Besitz der Sache verloren, und der Eigentümer den Besitz erlangt hat.

2. Nach § 938 Abs. 2 hat der Besitzer wegen seiner Ansprüche das Zurückbehaltungsrecht. Es scheint also, daß auch dem unredlichen Besitzer das Zurückbehaltungsrecht zu-

---

[1]) Bingner a. a. O. S. 399 hält den § 941 E I für eine „nicht passende und nicht genügende Hinweisung auf den Annahmeverzug des Eigentümers und deren Folgen". Ihm schließen sich die Bemerkungen der Großh. Mecklb.-Schwerinschen Regierung zum E I S. 60 u. 61 an.

stehe, eine Lösung, die gegenüber dem Teilentwurf entschieden den Vorzug verdient. Auch gemeinrechtlich war die Regelung eine ähnliche, wenngleich allerdings die Streitfrage hierüber nicht ganz entschieden ist.

3. Nach § 938 Abs. 3 letzter Satz ist die Herausgabe unter Anzeige, d. h. unter der Bezeichnung des Umfanges der Verwendung eine wirksame. Der Eigentümer wird also durch die Zurücknahme der Sache zum Ersatz der Verwendungen in der Höhe verpflichtet, die ihm seitens des Besitzers kenntlich gemacht ist.

4. Erfolgt die Herausgabe ohne wirksame Anzeige der Ansprüche, so wird für die Beurteilung der Höhe der Verwendungen der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Eigentümer Kenntnis von den Verwendungen erlangt hat oder die Ansprüche rechtshängig geworden sind.

Der E II hat sich die Vorzüge der beiden ersten Entwürfe zu eigen gemacht und auf dieser Grundlage Bestimmungen getroffen, die mit kleinen redaktionellen Änderungen Gesetz geworden sind. Gleich im § 913 (B. G. B. § 1001) vereinigt er die Vorzüge der Vorentwürfe, indem er auf der einen Seite die Geltendmachung des Ersatzanspruches durch Klage von der Bedingung abhängig macht, daß der Eigentümer die Sache wiedererlangt, auf der anderen Seite aber auch das Rückgaberecht des Eigentümers[1]) übernimmt.[2])

Als ein besonderer Fortschritt muß es weiter noch angesehen werden, daß durch die Fassung ein Zweifel über die

---

[1]) Der „Eigentümer befreit sich von dem Anspruch dadurch, daß er die wiedererlangte Sache zurückgibt". Durch das Zurückgeben erlangt der Verwender das Eigentum über die Sache. cfr. Biermann zu § 1001. Dagegen will Meisner zu § 1001—1002 unter 2 a. E. den Verwender nun erst auf den Weg des § 1003 weisen. Durch Zurückgabe der Sache wird nur der frühere Zustand wieder hergestellt. Ebenso auch Planck S. 272 unter 2.

[2]) Wie Endemann es ausdrückt, haftet der Anspruch materiell an der Sache. Der Eigentümer ist zur Ersatzleistung nur verpflichtet, wenn er die Sache wiedererlangt, und befreit sich von der Haftung, wenn er sie dem Besitzer zurückgibt.

Zulässigkeit der Klage ausgeschlossen erscheint. Der E II § 913 (B. G. B. § 1001) spricht nicht davon, daß der Anspruch „bedingt" ist, sondern nur davon, daß er unter bestimmten Voraussetzungen „geltend gemacht" werden kann.

Der einen Voraussetzung, nämlich der Wiedererlangung des Besitzes fügt der E II und das Gesetz die „Genehmigung der Verwendungen durch den Besitzer hinzu". Auch diese Bestimmung wird die Geltendmachung des Ersatzanspruches im einzelnen klarer und einfacher gestalten können, da durch die Wirkungen der Genehmigung nunmehr eine besonders einfache Lösung der Verbindlichkeit gegeben ist. Denn durch die Genehmigung wird jeder Zweifel an der zukünftigen Gestaltung auf beiden Seiten ausgeschlossen, auch das Rückgaberecht hat der Eigentümer dann verloren. Der Genehmigung wird es gleichgestellt, wenn der Eigentümer die ihm vom Besitzer unter Vorbehalt des Anspruchs angebotene Sache annimmt.[1])

Weiter regelt der § 913 in seinem zweiten Absatz (B. G. B. § 1002) das Erlöschen der Ansprüche des Verwenders durch Ablauf einer Präklusivfrist, allerdings nur im Fall der Herausgabe der Sache von Seiten des Besitzers an den Eigentümer. Es genügt also nicht, daß der Eigentümer durch Zufall in den Besitz der Sache gelangt ist. Wesentlich ist die Kenntnis des Verwenders, daß nunmehr der Eigentümer auch Besitzer ist. Für bewegliche Sachen beträgt die Frist einen Monat, für unbewegliche 6 Monate nach der Herausgabe. Falls die Verwendungen genehmigt sind, finden die Fristbestimmungen keine Anwendung. Es erscheint billig, daß der Eigentümer nicht allzulange unter dem Zweifel über die Wirksamkeit des Verwendungsanspruchs leidet, deshalb sind die kurzen Fristen für die Erhebung des Anspruchs gerechtfertigt. Der Eigentümer muß auch gegen ihm noch unbekannte Ansprüche ge-

[1]) „Ein Einverständnis über die Höhe des Verwendungsanspruchs wird bei der Genehmigung nicht vorausgesetzt. Hierüber ist im Falle des Streites im Prozeßwege zu entscheiden". Meisner zu § 1000—1003 unter 2. Ebenso Planck zu § 1001 unter 1b.

schützt werden, die vielleicht erst nach Jahren an ihn herantreten würden, und deren Feststellung dann besonderen Schwierigkeiten unterliegen müßte. Auch jeder beabsichtigten Chikane seitens des Besitzers wäre dann Tor und Tür geöffnet. Auf der anderen Seite wird der Besitzer durch die Kürze der Frist nicht benachteiligt, da er Kenntnis von der Herausgabe der Sache hat und nur bei großer Nachlässigkeit, dann aber aus eigener Schuld, die Frist ungenützt wird verstreichen lassen.

Neben der Klage steht dem Besitzer noch das Zurückbehaltungsrecht zu,[1]) „wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand . . . zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat".[2]) Es wird damit eine Unterabteilung des unredlichen Besitzers geschaffen, die in gewissem Sinne auch gemeinrechtlich schon bestand. Nach römischem und gemeinem Recht hatte der fur keinen Anspruch auf Ersatz der Verwendung.

Das B. G. B. hat damit den Mittelweg zwischen dem

---

[1]) E II § 913 Abs. 3 (B. G. B. § 1000). Die Stellung des betreffenden Paragraphen im B. G. B. ist zweckmäßig an den Anfang der Bestimmungen über die Geltendmachung des Ersatzanspruches gerückt. Das Zurückbehaltungsrecht stellt sich ja auch als das prius gegenüber der Geltendmachung durch Klage dar.

[2]) § 273 Abs. 2. — Schlegelberger S. 83 weist darauf hin, daß nach den Mot. Bd. 2 S. 42 der Abs. 2 des § 273 nur deshalb aus Abs. 1 herausgehoben sei, weil hier immer Konnexität „im Sinne des Gesetzes" anzunehmen sei und das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen als ein besonders häufiger und wichtiger Anwendungsfall ausdrückliche Erwähnung verdiene. Trotz vielfachen Widerspruchs gegen diese Begründung des Gesetzes will Schlegelberger diese Auslegung aufrechterhalten und versucht S. 84 ff. nachzuweisen, daß „die Zurückbehaltungsfälle des Abs. 2 auch ohne dessen Existenz nach Abs. 1 anzuerkennen sein würden, wenn man dem letzteren eine richtige und zwanglose Auslegung angedeihen lässt", daß alos in Abs. 1 und Abs. 2 begrifflich dieselbe Konnexität zugrunde gelegt ist.

Teilentwurf und dem E II für den gangbarsten befunden. Es erschien ungerecht, dem unredlichen Besitzer in jedem Falle die Verfolgung seiner Ansprüche im Wege der Zurückbehaltung zu versagen. Aber auf der anderen Seite wollte man auch dem Dieb, Betrüger u. s. w. ein Zurückbehaltungsrecht nicht zugestehen. Es würde gewiß auch unbegreiflich sein, wenn z. B. ein Dieb, der ein krankes Pferd gestohlen und auf seine Kosten hat kurieren lassen, nun berechtigt sein sollte, bis zur Befriedigung seiner Verwendungsansprüche das Tier ungestört weiter zu nützen. Allerdings wird es ja auch manchen Fall geben, in dem eine vorsätzliche, unerlaubte Handlung vorliegt, die dem Strafgesetzbuch nach nicht strafbar ist, es wäre sogar an eine derartige Handlung eines gutgläubigen Besitzers zu denken, aber dieser Fall wird praktisch sehr selten sein, und auch dann ist es der culpa des Betreffenden zuzuschreiben, wenn er ein ihm zustehendes Recht preisgibt.[1])

Es ist nun auffallend, daß z. B. der Dieb kein Zurückbehaltungs-, dagegen aber ein Klagerecht hat. Man hätte doch, wie im gemeinen Rechte, einfach daran denken können, ihm jeglichen Anspruch abzuerkennen. Die Regelung des B. G. B. erscheint aber die bessere. Einerseits ist die offenbare Unbilligkeit, daß ein Dieb sich noch zeitweilig im Besitz der gestohlenen Sache behauptet, vermieden worden, und auf der anderen Seite ist die wirtschaftliche Integrität der Sache nach Möglichkeit geschützt. Hätte jemand durch eine vorsätzliche, unerlaubte Handlung eine Sache erlangt und wäre gewiß, mit seinen Verwendungen auf die Sache später auszufallen, so würde er wohl nur selten Grund haben, auch nur die notwendigsten Verwendungen für die Sache zu machen. Dadurch aber, daß der Ersatz dieser notwendigen Verwendungen durch Zusicherung des Klagerechts gesichert erscheint,

---

[1]) Konkurseröffnung über das Vermögen des Vindikanten schließt das Zurückbehaltungsrecht und die dadurch begründete Sicherheit des Anspruches nicht aus. Lehmann a. a. O. S. 204.

wird er nicht zögern, das seinige zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Sache beizutragen.

Schließlich hat auch der E II in seinem § 914 (B. G. B. § 1003) das Prinzip des Teilentwurfs wieder aufgenommen, daß der Eigentümer zur Abnahme oder wenigstens zu einer Erklärung über die Abnahme gezwungen werden kann. Der Entwurf II begnügt sich nicht mit dem Annahmeverzug des Eigentümers, wie ihn der E I § 941 konstruiert hatte. Der Besitzer kann den Eigentümer zum Ersatz der Verwendungen auffordern und ihm eine Frist setzen, in der er sich über die Genehmigung der Verwendung äußern soll. Erfolgt die Genehmigung innerhalb der gesetzten Frist[1]) nicht, so gibt der E II dem Besitzer ein Selbstbefriedigungsrecht an der Sache nach den Vorschriften aus dem Zwangsverkauf, bezw. über Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Die Grundlage der Zwangsvollstreckung wird allerdings durch einen vollstreckbaren Titel erworben, den sich der Verwender erst durch einen neuen Prozeß gegen den Eigentümer erstreiten muß.

Bestreitet der Eigentümer die Verwendungsansprüche, so muß der Besitzer eine Feststellung des Betrages herbeiführen und kann sich dann aus der Sache selbst befriedigen, wenn wiederum der Eigentümer in einer angemessenen Frist eine Erklärung nicht abgibt.

Zum Schluß sei noch darauf hingewiesen, daß wie im gemeinen Recht[2]) und den Kodifikationen, so auch im B. G. B. dem Besitzer das Recht zuerkannt wird, für die Verwendungen seiner Vorbesitzer Ersatz zu verlangen. Ferner ist aber der Eigentümer auch zu dem Ersatz derjenigen Verwendungen ver-

---

[1]) Die Bestimmung einer angemessenen Frist ist also die gesetzliche Voraussetzung des Selbstbefriedigungsrechts. cfr. Kuhlenbeck a. a. O. zu § 1003.

[2]) Eck S. 179 scheint der Meinung zu sein, daß nach römischem und gemeinem Rechte eine derartige Ersatzpflicht des Vorbesitzers nicht bestand, vgl. dagegen aber unsere Ausführungen im gemeinrechtlichen Teil.

pflichtet, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat.[1]) Dieses Recht des Besitzers stellt sich nicht als eine exceptio ex jure tertii dar, sondern es handelt sich um einen Rechtsübergang, der sich mit der Sonderpflicht des Besitzers auf Herausgabe der Sache verbindet. „Der Grund dieser Verbindung ist die Abtretung des Anspruches gegen den Eigentümer auf Ersatz der Verwendungen".[2]) Bähr[3]) hält es für selbstverständlich, daß derjenige, an welchen der Verwendende die Sache veräußert hat, dem vindizierenden Eigentümer gegenüber das Retentionsrecht ohne weiteres geltend machen kann. Der Grund des Rechts liege darin, daß in der vindizierenden Sache ein Stück eigenen Vermögens des Verwenders enthalten ist, und dieses sei durch die Veräußerung der Sache auf den Verwender übergegangen. Einer Übertragung des Anspruchs auf Ersatz der Verwendungen bedürfe es um so weniger, als diese im Normalfall, nämlich seitens des bonae fidei possessor, gar nicht vorkommen könne.

Auch das Abtrennungsrecht kann der Besitzer nach Übergang des Eigentums noch ausüben. Wie Endemann[4]) es

---

[1]) Prot. II S. 4197. E II § 912. B. G. B. § 999.

Die Bestimmung über die Ersatzpflicht des Eigentümers für die Verwendungen, die bereits unter seinem Vorgänger gemacht worden, ist in dem E I § 937 nicht enthalten. Bähr machte in seiner Besprechung des Entwurfs a. a. O. S. 515 zuerst auf diesen Mangel aufmerksam, so daß im E II eine diesbezügliche Bestimmung eingefügt wurde. Der E I stand im Gegensatz dazu auf dem Standpunkte, daß der Ersatzanspruch sich nur gegen denjenigen richte, der zur Zeit der Vornahme der Verwendungen Eigentümer der Sache war — arg. Motive III S. 416.

[2]) Stammler a. a. O. S. 167. Stammler nennt den § 999, 1 einen „ergänzenden Rechtssatz", denn der Vorbesitzer könne sich die Verwendungsansprüche gegen den Eigentümer vorbehalten. „Der Ersatzanspruch wegen Verwendungen geht im Zweifel auf den in eine Rechtsnachfolge eintretenden Erwerber des Besitzes über."

[3]) Krit. Vierteljs-Schrift Bd. 28 S. 417.

[4]) S. 367.

treffend ausdrückt: Ersatzrecht und Ersatzpflicht ruhen als dingliches Recht und Last auf der Sache.[1])

Fassen wir noch einmal kurz die hauptsächlichsten Gesichtspunkte zusammen, so wird sich die Geltendmachung des Ersatzanspruches nach dem Gesetz folgendermaßen darstellen:

1. Der Verwender verweigert die Herausgabe der Sache, er macht von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch, bis er befriedigt wird. (B. G. B. § 1000.)

   Voraussetzung hierfür ist, daß der Besitzer nicht durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung den Besitz erlangt hat.

2. Der Verwender macht einen Anspruch geltend im Wege der Klage. (§ 1003.)

Voraussetzungen hierfür sind:

   a) Das wirkliche Vorhandensein eines Anspruches d. h. der Eigentümer muß entweder die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt haben.

   b) Der Eigentümer hat von seinem Rückgaberecht nicht Gebrauch gemacht.

3. Der Verwender befriedigt sich aus der Sache selbst nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bezw. über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. (§ 1003.)

   Voraussetzungen hierfür sind:

   a) Der Eigentümer bestreitet den Anspruch nicht, erklärt sich aber auch nicht trotz Aufforderung des Verwenders innerhalb der ihm gestellten, angemessenen Frist.

---

[1]) Ähnlich Landsberg S. 679: „Der Anspruch überhaupt haftet der Sache an, er geht mit der Sache, trifft demgemäß aber auch nur die Sache."

Ferner Eck, S. 179: „So bekommt eben die Ersatzpflicht eine Art dinglichen, die Sache selbst berührenden rechtlichen Charakter".

b) Der Eigentümer bestreitet den Anspruch, wird nach rechtskräftiger Feststellung des Anspruchs zur Erklärung aufgefordert und läßt die ihm gestellte, angemessene Frist verstreichen.

Von diesen Bestimmungen bedeuten sowohl das Rückgaberecht des Eigentümers, wie auch das Selbstbefriedigungsrecht, im besonderen aber das Klagerecht des Verwenders grundsätzliche und zwar anerkennenswerte Neuerungen gegenüber dem gemeinen Rechte. Wenn auch nicht verkannt werden kann, daß die Bestimmungen in ihrer Gesamtheit recht kompliziert sind, so ist doch in gleichmäßiger billiger Weise allen gerechten Anforderungen Rechnung getragen worden. Wir werden den Regeln über die Geltendmachung der Ersatzansprüche in dieser Form unsere Zustimmung nicht versagen können.[1])

[1]) Anderer Meinung ist Endemann, S. 368 Anm. 27. Dagegen nennt aber Landsberg S. 679 die Gestaltung der Geltendmachung eine „ganz eigentümliche, aber der Billigkeit beiderseits sorgfältig Rechnung tragende".

Literaturübersicht.

Arndts, Ritter von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Stuttgart 1872.

Bähr, Gegenentwurf zum Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Kassel 1892.

Bähr, Der Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich, erste Lesung. In der Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft. Bd. 28. 30. München. Leipzig.

Bemerkungen der Grossherz. Mecklenburg-Schwerinschen Regierung zu den Entwürfen eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. 1. 2. Schwerin 1891/92.

Biermann, Sachenrecht. Berlin 1898.

Bingner, Bemerkungen zu dem II. Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich im Sächs. Archiv für Bürgerl. Recht u. Prozeß. Bd. 4. Leipzig 1894.

Böcking, Institutionen. Bd. 1. Bonn 1843.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1873.

v. Buchholtz, Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen römischen Rechts. Königsberg 1833.

Cosack, Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich. Berlin 1889.

Cretschmar, Das Bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der preuß. Landesgesetzgebung. Bd. 1. Düsseldorf 1902.

Demelius, Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht. Gratz 1872.

Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. nebst 3 Anlagen. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. Bd. 1. Berlin 1896.

Dernburg, Preuß. Privatrecht. 5. Aufl. Bd. 1. Halle a. S. 1894.

Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reichs u. Preußens. Bd. 3. Das Sachenrecht. 3. Aufl. Halle 1904.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. Bd. 2. Marburg 1901.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. Bd. 2 Marburg 1901.

Fabricius, De impensis secundum jus Romanum. Inaug.-Dissert. Vratislaviae 1861.

Förster, Preuß. Privatrecht. Bearb. von Eccius. 7. Aufl. Bd. 2. Berlin 1896.

Francke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. Abt. 2. Göttingen 1828.

Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum. Greifswald 1817.

Gierke, Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Glück, Erläuterungen der Pandekten. Teil 8. 27. Erlangen.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht. Bd. 2. Göttingen 1843.

Grosskopff, Zur Lehre vom Retentionsrecht. Oldenburg 1858.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Berlin.

Grützmann, Lehrbuch des sächsischen Privatrechts. Leipzig. Bd. 1. 1887.

Hoffmann, B. G. B. für das Königreich Sachsen. Leipzig 1889.

v. Jagemann in Weiske, Rechtslexikon. Bd. 6. S. 195 ff. Leipzig 1845.

Jahrbücher, Kritische, für Deutsche Rechtswissenschaft. Jahrg. 8. Bd. 16. Leipzig 1844.

Johow, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sachenrecht. Begründung. Vorlage des Redaktors Johow. Bd. 2. Berlin 1880.

Kämmerer in Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 8. Gießen 1835.

Kohler, Zwölf Studien zum B. G. B. im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 18.

Krainz, System des österreichischen allg. Privatrechts. 3. Aufl. Bd. 1. Wien 1899.

Kuhlenbeck, Das Bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Bd. 1. Berlin 1899.

Landsberg, Das Recht des bürgerl. Gesetzbuches vom 18. Aug. 1896. Berlin 1904.

Ledermann, Worin unterscheiden sich die Vorschriften des B. G. B. über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen von den Vorschriften des corpus juris? Inaug.-Dissert. Wüstegiersdorf 1902.

Lehmann, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht. 2. Aufl. Marburg 1901.

Leist, Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. Jena. Heft 2. Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. 1855.

Leonhard in den Anmerkungen zu Eck, Vorträge.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 12. Orig.-Ausg. Giessen 1842.

Marcadé u. Mourion, Abriß des franz. Civilrechts. Ins Deutsche übers. von Pfaff. Heidelberg 1865.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. 2. Berlin 1900.

Meisner, Das Sachenrecht. Kommentar zum 3. Buche des B. G. B. Breslau 1901.

Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. Rostock 1878.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 3. Amtliche Ausg. Berlin 1888.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 4. Aufl. Halle 1844.

Neumann, Handausgabe des B. G. B. für das Deutsche Reich. Bd. 1. 2. Aufl. 1900.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechtes. Jahrg. 1. Bd. 1. 1904.

Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Abt. 3. Heidelberg 1859.

Pernice, Marcus Antistius Labeo. Bd. 2. Halle 1878.

Petrazycki, Lehre vom Einkommen. Berlin 1893.

Planck, Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1902.

Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines B. G. B. (Prot I.). 1884.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B. G. B. für das Deutsche Reich. (Prot. II.).

Puchta, Pandekten. 11. Aufl. Leipzig 1872.

Rudolph, Die Ansprüche des redlichen Besitzers. Dissert. Greifswald 1901.

Sachs, Worin unterscheiden sich die Vorschriften des B. G. B. über das Recht des Besitzers auf Ersatz von Verwendungen von den Vorschriften des corpus juris civilis? Dissert. d. Univ. Rostock. München 1902.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß . . . herausggb. von Otto Fischer. Bd. 12, Heft 1.) Jena 1904.

Schmidt, Bernh. Gottl., Vorlesungen über das im Kgr. Sachsen geltende Privatrecht. Bd. 1. Leipzig 1869.

Schmidt, Friedr. Wilh., Verwendungsanspruch des Besitzers. Inaug.-Dissert. Göttingen 1896.

Schmid, Andr. Chrn., Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Leipzig 1847.

Sell, Carl, Versuche im Gebiete des Civilrechts. Teil 1. Gießen 1833.

Sell, Carl, u. Wilh. Sell, Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts. Bd. 3. Braunschweig 1844.

Seufferts Archiv für Entscheidungen. München.

Seuffert, Pandektenrecht. 4. Aufl. Bd. 1. Würzburg 1860.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Bd. 1. Berlin 1901.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. 7. Aufl. Bd. 1. 3. Leipzig 1868.

Stabel, Institutionen des französischen Civilrechts. 2. Aufl. Mannheim 1883.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. In der „Festgabe d. Jurist. Fakultät in der Univ. Halle-Wittenberg für Dernburg. Halle a. S. 1900".

Thibaut, System des Pandektenrechts. Bd. 1. Jena 1846.

Wächter, Pandekten. III. besonderer Teil. Leipzig 1881.

Weidemann, Verwendungsbegriff und Verwendungsklage. Inaug.-Dissert. Rostock 1900.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Anfl. Bd. 1. Bearb. von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

v. Wening-Ingenheim, De impensis earumque restitutione. Inaug.-Dissert. Heidelberg 1841.

v. Wening-Ingenheim, Civilrecht. 5. Aufl. München 1837.

Zachariae u. Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts. 7. Aufl. Hrsggb. von Dreyer. Heidelberg 1886.

Zachariae u. Lingenthal, Dasselbe. Bearb. v. Carl Crome. 8. Aufl. Freiburg 1894.

Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. Halle 1866.

Inhaltsübersicht.

I. Teil. Gemeines Recht.

§ 1. Einleitung 3
§ 2. Begriff und Wesen der „Verwendungen" . . . 4
§ 3—5. Einteilung der Verwendungen . . . . . 9—16
§ 3. Impensae necessariae 9
§ 4. Impensae utiles 12
§ 5. Impensae voluptuariae 14
§ 6—11. Ansprüche aus den Verwendungen . . . . . 16—48

A. Allgemeiner Teil.

§ 6. Begriff und Wesen des Verwendungsanspruchs und des jus tollendi 16
§ 7. Voraussetzungen des Verwendungsanspruchs und des jus tollendi 24
§ 8. Geltendmachung des Verwendungsanspruchs und des jus tollendi 28

B. Besonderer Teil.

§ 9. Anspruch auf Ersatz der impensae necessariae 33
§ 10. Anspruch auf Ersatz der impensae utiles . . . 35
§ 11. Anspruch auf Ersatz der impensae voluptuariae 45

II. Teil. A. L. R., C. c., Sächsisches und Österreichisches B. G. B.

§ 12. Begriffsbestimmung 48
§ 13. Einteilung in die verschiedenen Arten der Verwendungen 52
§ 14. Ansprüche aus den Verwendungen und jus tollendi 55
§ 15. Geltendmachung des Ersatzanspruches 65

III. Teil. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

§ 16. Darstellung des Begriffs „Verwendung" . . . 68
A. Wahl der Bezeichnungen 68
B. Definition des Begriffs 71
C. Abgrenzung des Begriffs 74
§ 17. Einteilung der Verwendungen 78
§ 18. Wesen des Verwendungsanspruchs 91
§ 19. Wesen und Voraussetzungen des Wegnahmerechts 93
§ 20. Anspruch auf Ersatz der „notwendigen" und der „anderen als notwendigen" Verwendungen . . 99
§ 21. Geltendmachung des Ersatzanspruchs 113